



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1988 Vol. 1

1^{er} cahier, 1988 Vol. 1

Cited as [1988] 1 S.C.R. 3-185

Renvoi [1988] 1 R.C.S. 3-185

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1988.

CONTENTS

R. v. Morgentaler 30

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice — Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.

Constitutional law — Jurisdiction — Superior court powers and inter-delegation — Whether or not therapeutic abortion committees exercising s. 96 court functions — Whether or not abortion provisions improperly delegate criminal law powers — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 96.

Constitutional law — Charter of Rights — Whether or not Attorney General's right of appeal constitutional — Costs — Whether or not prohibition on costs constitutional — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605, 610(3).

Criminal law — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion and procuring of abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions *ultra vires* Parliament — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice — Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1988.

SOMMAIRE

R. c. Morgentaler 30

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? — La loi en cause est-elle raisonnable et peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251.

Droit constitutionnel — Compétence — Pouvoirs des cours supérieures et délégation — Les comités de l'avortement thérapeutique exercent-ils les fonctions d'une cour créée en vertu de l'art. 96? — Les dispositions sur l'avortement constituent-elles une délégation irrégulière de la compétence en matière criminelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 96.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Le droit d'appel du procureur général est-il constitutionnel? — Dépens — L'interdiction relative aux dépens est-elle constitutionnelle? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605, 610(3).

Droit criminel — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement et de procurer un avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement excèdent-elles les pouvoirs du Parlement? — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Criminal law — Juries — Address to jury advising them to ignore law as stated by judge — Counsel wrong.

R. v. Simpson 3

Criminal law — Charge to jury — Parties by common intention — Accused committing crime they set out to do — Whether trial judge erred in instructing jury with respect to s. 21(2) of the Criminal Code.

Criminal law — Charge to jury — Four accused charged with murder — Co-accused pleading guilty to a charge of conspiracy to commit murder — Whether trial judge erred in failing to warn jury that co-accused's guilty plea of conspiracy was no evidence against other accused.

Evidence — Admissibility of statement — Accused's first statement admitted into evidence — Second statement made two hours later excluded — Defence seeking to use second statement as evidence to show accused's state of mind when first statement made and to rebut suggestion of recent fabrication of a defence — Whether trial judge erred in excluding second statement.

Criminal law — Substantial wrong and miscarriage of justice — Numerous errors on the part of trial judge — Misdirection with respect to s. 21(2) of the Criminal Code — Exclusion of admissible statement — Failure to warn jury that co-accused's guilty plea of conspiracy was not evidence against other accused — Whether s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code applicable.

SOMMAIRE (Suite)

La loi en cause est-elle raisonnable et peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique?

Droit criminel — Jury — Exposé au jury lui conseillant d'ignorer les règles de droit énoncées par le juge — Erreur de l'avocat.

R. c. Simpson 3

Droit criminel — Exposé au jury — Parties par intention commune — Perpétration par les accusés du crime planifié — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant des directives au jury relativement à l'art. 21(2) du Code criminel?

Code criminel — Exposé au jury — Quatre accusés inculpés de meurtre — Plaidoyer de culpabilité d'une coaccusée relativement à une inculpation de complot pour commettre un meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que le plaidoyer de culpabilité de complot de la coaccusée ne constitue pas une preuve contre les autres accusés?

Preuve — Admissibilité d'une déclaration — Admission en preuve de la première déclaration d'un accusé — Exclusion de la seconde déclaration faite deux heures plus tard — Tentative de la défense d'utiliser la seconde déclaration comme preuve de l'état d'esprit de l'accusé lorsqu'il a fait la première déclaration et pour réfuter la prétention de fabrication d'une défense — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la seconde déclaration?

Droit criminel — Tort important et erreur judiciaire grave — Plusieurs erreurs du juge du procès — Directives erronées relativement à l'art. 21(2) du Code criminel — Exclusion d'une déclaration admissible — Aucune mise en garde au jury que le plaidoyer de culpabilité d'une coaccusée relativement à une inculpation de complot ne constitue pas une preuve contre les autres accusés — Applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 1988

1^{er} volume, 1988

Daniel E. Simpson and Wayne Ochs
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. SIMPSON

File Nos.: 17851, 17895.

1986: May 28; 1988: January 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson and Le Dain J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Parties by common intention — Accused committing crime they set out to do — Whether trial judge erred in instructing jury with respect to s. 21(2) of the Criminal Code.

Criminal law — Charge to jury — Four accused charged with murder — Co-accused pleading guilty to a charge of conspiracy to commit murder — Whether trial judge erred in failing to warn jury that co-accused's guilty plea of conspiracy was no evidence against other accused.

Evidence — Admissibility of statement — Accused's first statement admitted into evidence — Second statement made two hours later excluded — Defence seeking to use second statement as evidence to show accused's state of mind when first statement made and to rebut suggestion of recent fabrication of a defence — Whether trial judge erred in excluding second statement.

Criminal law — Substantial wrong and miscarriage of justice — Numerous errors on the part of trial judge — Misdirection with respect to s. 21(2) of the Criminal Code — Exclusion of admissible statement — Failure to warn jury that co-accused's guilty plea of conspiracy was not evidence against other accused — Whether s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code applicable.

The appellants O and S and two accomplices, D and L, were charged with first degree murder. D pleaded guilty to a charge of conspiracy to commit murder and the murder charge against her was withdrawn. She then gave evidence for the Crown at the murder trial. The evidence adduced at trial indicated that D and the appellants, three alcoholics, had agreed to get rid of

Daniel E. Simpson et Wayne Ochs *Appellants*

c.

a Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. SIMPSON

N^o du greffe: 17851, 17895.

b 1986: 28 mai; 1988: 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Wilson et Le Dain.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Parties par intention commune — Perpétration par les accusés du crime planifié — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant des directives au jury relativement à l'art. 21(2) du Code criminel?

Code criminel — Exposé au jury — Quatre accusés inculpés de meurtre — Plaidoyer de culpabilité d'une coaccusée relativement à une inculpation de complot pour commettre un meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que le plaidoyer de culpabilité de complot de la coaccusée ne constitue pas une preuve contre les autres accusés?

Preuve — Admissibilité d'une déclaration — Admission en preuve de la première déclaration d'un accusé — Exclusion de la seconde déclaration faite deux heures plus tard — Tentative de la défense d'utiliser la seconde déclaration comme preuve de l'état d'esprit de l'accusé lorsqu'il a fait la première déclaration et pour réfuter la prétention de fabrication d'une défense — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la seconde déclaration?

Droit criminel — Tort important et erreur judiciaire grave — Plusieurs erreurs du juge du procès — Directives erronées relativement à l'art. 21(2) du Code criminel — Exclusion d'une déclaration admissible — Aucune mise en garde au jury que le plaidoyer de culpabilité d'une coaccusée relativement à une inculpation de complot ne constitue pas une preuve contre les autres accusés — Applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel.

Les appellants O et S et deux complices, D et L, ont été accusés de meurtre au premier degré. D a plaidé coupable relativement à une accusation de complot pour commettre un meurtre et l'accusation de meurtre a été retirée dans son cas. Elle a alors été témoin à charge au procès pour meurtre. La preuve présentée au procès a indiqué que D et les appelants, trois alcooliques, avaient

D's paramour. The appellants then met L who agreed to do the killing. On the day of the crime, the three men drank heavily. In the evening, while O was sleeping, S and L left for the victim's home. S entered the house and told the victim that someone wanted to talk to him. When he stepped outside, L shot and killed him. The three men were arrested shortly after the murder and S made a statement to the police denying any involvement in the killing. Two hours later, he made a second statement recorded on tape where he repudiated the earlier statement and described his participation in the events. On the transcript of the second statement, S appeared to be a "vulgar drunk", suffering withdrawal symptoms and confused about many details. The first statement was ruled admissible but the second was not put into evidence by the Crown despite attempts by the defence to have it admitted. Appellants' defence was that they had never formed the intent to kill D's paramour. They contended that the discussions about killing him were merely "drunk talk". The trial judge instructed the jury on the effect of drunkenness and with respect to s. 21(1) and (2) of the *Criminal Code*. They were convicted of second degree murder and their appeals to the Court of Appeal were dismissed. These appeals are to determine whether the trial judge erred (1) in instructing the jury to the effect that s. 21(2) of the *Code* is applicable to a case in which the unlawful purpose in question is the offence with which the accused are charged; (2) in failing to instruct the jury that the fact that an accomplice pleaded guilty to a charge of conspiracy to commit murder was not evidence as against the accused; and (3) in refusing to allow the admission into evidence of the second statement. It was contended that this statement should have been admitted to show S's state of mind when the first statement was made and to rebut the Crown's suggestion of recent fabrication of a defence.

Held: The appeals should be dismissed.

The trial judge erred in instructing the jury with respect to s. 21(2) of the *Code*. Section 21(2) covers the case where, in the absence of aiding and abetting, a person may become a party to an offence committed by another which he knew or ought to have known was a probable consequence of carrying out an unlawful purpose in common with the actual perpetrator. It does not apply to a case in which the unlawful purpose mentioned in that section is the offence which is ultimately charged.

convenu de se débarrasser de l'amant de D. Les appelants ont alors rencontré L qui a convenu de commettre l'homicide. Le jour du crime, les trois hommes ont beaucoup bu. Le soir, pendant que O dormait, S et L sont partis pour se rendre chez la victime. S est entré dans la maison et a dit à la victime que quelqu'un voulait lui parler. Lorsque la victime est sortie, L a tiré et l'a tuée. Les trois hommes ont été arrêtés peu après le meurtre et S a fait une déclaration à la police niant toute participation dans l'homicide. Deux heures plus tard, il a fait une seconde déclaration enregistrée sur magnétophone dans laquelle il réfute la déclaration antérieure et décrit assez longuement sa participation aux événements. Dans la transcription de la seconde déclaration, S se révèle être un «ivrogne grossier», en état de manque et qui s'embrouille sur bien des détails. La première déclaration a été déclarée admissible, mais la seconde n'a pas été produite en preuve par le ministère public malgré les tentatives de la défense pour la faire admettre. En défense, les appelants ont allégué qu'ils n'avaient jamais eu l'intention de tuer l'amant de D. Ils ont prétendu que leurs discussions à ce sujet n'étaient que des «propos d'ivrogne». Le juge de première instance a donné des directives au jury sur l'effet de l'ivresse et sur les par. 21(1) et (2) du *Code criminel*. Ils ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré et leurs appels à la Cour d'appel ont été rejetés. Les présents pourvois visent à déterminer si le juge du procès a commis une erreur: (1) en disant au jury dans ses directives que le par. 21(2) du *Code* est applicable à une affaire où la fin illégale en question est l'infraction même dont les accusés sont inculpés, (2) en ne disant pas au jury dans ses directives que le plaidoyer de culpabilité d'un complice relativement à une accusation de complot pour commettre un meurtre ne constituait pas une preuve contre les accusés, et (3) en refusant d'admettre comme preuve la seconde déclaration. On a fait valoir que cette déclaration aurait dû être admise pour indiquer l'état d'esprit de S quand il a fait la première déclaration et pour réfuter l'allégation de la poursuite relative à la fabrication d'une défense.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Le juge du procès a commis une erreur en donnant les directives au jury au sujet du par. 21(2) du *Code*. Le paragraphe 21(2) s'applique au cas où, bien qu'il n'y ait ni aide ni encouragement, une personne peut devenir partie à l'infraction commise par quelqu'un d'autre lorsqu'elle sait ou aurait dû savoir que l'infraction serait une conséquence probable de la poursuite d'une fin commune illégale avec celui qui l'a effectivement perpétrée. Il ne s'applique pas lorsque la fin illégale mentionnée dans ce paragraphe est l'infraction même qui fait l'objet de l'accusation.

The trial judge should have warned the jury that D's guilty plea to the conspiracy charge could not be considered evidence against the appellants on the issue of their guilt or innocence. But the omission to give the warning against such misuse of the evidence is not always fatal. In this case where there was no real conflict between D's evidence and that of the appellants, as to the particulars of the conspiracy and the actual killing, the omission of the warning did not amount to reversible error.

Although, as a general rule, statements of an accused person made outside court are not receivable in evidence for him, such statements may be admissible where they are relevant to show the state of mind of an accused at a given time or to rebut the suggestion of recent fabrication of a defence. In this case, the second statement was consistent with the evidence given by S at trial and should have been admitted but only to rebut the Crown's allegation of recent invention of a defence.

Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied in this case to affirm the convictions. It is clear from the whole of the evidence that, despite the trial judge's errors, the result would necessarily have been the same. The only conclusion the jury could have reached on the evidence was that the appellants aided and abetted L in the killing.

Cases Cited

Applied: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; **considered:** *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, aff'd [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406; *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Caron* (1971), 9 C.C.C. (2d) 447; *R. v. Pentiluk and MacDonald* (1974), 28 C.R.N.S. 324; *R. v. MacGregor* (1981), 64 C.C.C. (2d) 353; **referred to:** *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Ellis* (1972), 6 C.C.C. (2d) 220; *R. v. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50; *R. v. Willis* (1959), 44 Cr. App. R. 32; *R. v. Giraldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 613(1)(b)(iii), 618(1)(a) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18].

Le juge du procès aurait dû avertir le jury que le plaidoyer de culpabilité de D relativement à l'accusation de complot ne pouvait être considéré comme une preuve jouant contre les accusés sur la question de leur culpabilité ou de leur innocence. Mais l'omission d'une mise en garde contre ce genre d'utilisation fautive de la preuve n'est pas toujours fatale. Dans ce cas-ci, comme il n'existe pas de conflit réel entre le témoignage de D et celui des appelants quant aux détails du complot et de l'homicide même, l'omission de la mise en garde ne peut être assimilée à une erreur donnant lieu à cassation.

Quoique, en règle générale, les déclarations extrajudiciaires d'un accusé ne soient pas recevables en preuve en sa faveur, ces déclarations peuvent être admissibles lorsqu'elles peuvent révéler l'état d'esprit d'un accusé à un moment donné ou lorsqu'elles peuvent réfuter la prétention de fabrication d'une défense. En l'espèce, la seconde déclaration était compatible avec le témoignage donné par S au procès et aurait dû être admise, mais seulement pour réfuter l'allégation du ministère public qu'il y avait eu fabrication d'une défense.

L'alinéa 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* doit s'appliquer en l'espèce pour confirmer les déclarations de culpabilité. Il ressort clairement de l'ensemble de la preuve que, malgré les erreurs du juge du procès, le résultat aurait été nécessairement le même. D'après la preuve, la seule conclusion à laquelle le jury pouvait arriver était que les appelants avaient aidé et encouragé L à commettre l'homicide.

f Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; **arrêts examinés:** *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, conf. [1977] 2 R.C.S. 680; *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406; *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Caron* (1971), 9 C.C.C. (2d) 447; *R. v. Pentiluk and MacDonald* (1974), 28 C.R.N.S. 324; *R. v. MacGregor* (1981), 64 C.C.C. (2d) 353; **arrêts mentionnés:** *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. v. Ellis* (1972), 6 C.C.C. (2d) 220; *R. v. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50; *R. v. Willis* (1959), 44 Cr. App. R. 32; *R. v. Giraldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *Schmidt v. The King*, [1945] R.C.S. 438; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 613(1)(b)(iii), 618(1)(a) [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18].

Authors Cited

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1984.

Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 6 C.C.C. (3d) 516, [1983] 5 W.W.R. 673, dismissing appellants' appeals from their convictions of second degree murder. Appeals dismissed.

Jay B. Clarke, for the appellant Simpson.

Glen Orris, for the appellant Ochs.

A. M. Stewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal from the Court of Appeal of British Columbia comes before the Court as of right, pursuant to the provisions of s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*. The two appellants were convicted of second degree murder as the result of the killing of one Brousseau, at Kimberley, British Columbia, on May 2, 1980, and their appeal was dismissed by the Court of Appeal on July 5, 1983, with one dissent: (1983), 6 C.C.C. (3d) 516.

The deceased Brousseau had lived with Giselle Dumoulin for some twenty years prior to his death. Dumoulin and the appellant Ochs met in May of 1979 and by April of 1980 a sexual relationship had developed between them. At that time, the deceased was working away from Kimberley. Dumoulin and Ochs were both alcoholics and for some time prior to the killing both had been drinking heavily. In this activity they were frequently joined by the appellant Simpson, a friend of Ochs and also an alcoholic. On an occasion during the third week of April 1980, when the three, Dumoulin, Ochs and Simpson, were at Dumoulin's house in Kimberley, Dumoulin complained of the treatment she received from her paramour, the deceased, and said he had made a sexual attack on her daughter. According to Dumoulin's evidence, it was upon this occasion that Ochs asked her how much it would be worth

Doctrine citée

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1984.

Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 6 C.C.C. (3d) 516, [1983] 5 W.W.R. 673, qui a rejeté les appels des appelants contre leur déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvois rejetés.

Jay B. Clarke, pour l'appelant Simpson.

Glen Orris, pour l'appelant Ochs.

A. M. Stewart, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—La Cour est saisie d'un appel de plein droit formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en vertu des dispositions de l'al. 618(1)a) du *Code criminel*. Les deux appelants ont été reconnus coupables de meurtre au second degré pour l'homicide d'un nommé Brousseau, à Kimberley, en Colombie-Britannique, le 2 mai 1980. La Cour d'appel a rejeté leur appel le 5 juillet 1983, un juge étant dissident: (1983), 6 C.C.C. (3d) 516.

Avant son décès, Brousseau, la victime, vivait avec une certaine Giselle Dumoulin depuis quelque vingt ans. Dumoulin et l'appelant Ochs se sont connus en mai 1979 et, dès avril 1980, ils avaient une liaison. À cette époque, la victime travaillait à l'extérieur de Kimberley. Dumoulin et Ochs étaient tous deux alcooliques et, quelque temps avant le meurtre, ils avaient beaucoup bu. L'appelant Simpson, un ami d'Ochs, alcoolique lui aussi, participait fréquemment à leurs beuveries. À l'occasion de l'une de leurs rencontres, au cours de la troisième semaine d'avril 1980, alors que les trois, Dumoulin, Ochs et Simpson, étaient réunis chez Dumoulin à Kimberley, celle-ci s'est plainte du traitement que lui infligeait son amant, la victime, disant qu'il avait agressé sexuellement sa fille. D'après le témoignage de Dumoulin, c'est à cette occasion qu'Ochs lui a demandé combien elle serait prête à payer pour se débarrasser de Brousseau.

to her to get rid of Brousseau. She replied that she didn't know but when Ochs suggested a figure of \$10,000 she replied, "O.K." On April 23rd or 24th, there were further discussions of Brousseau's conduct toward Dumoulin's daughter. On April 26th, one L'Ortye, a co-accused with Simpson and Ochs, arrived in Kimberley. He was introduced to Ochs and Simpson by one Carrier, at whose home L'Ortye was living. The deceased Brousseau returned to Kimberley on April 27th, 1980.

On April 30th, 1980, according to the evidence of Carrier, there was a further discussion of Brousseau's conduct in L'Ortye's presence when Ochs said that "Brousseau has to go". From this occasion, L'Ortye joined Ochs and Simpson in their heavy drinking. On May 1st, Ochs telephoned Dumoulin and said that he had a guy who would "do the job" for \$10,000. That day, the three, Simpson, Ochs and L'Ortye, drove past Brousseau's house, which was pointed out to L'Ortye. On Friday, May 2nd, the day of the killing, Dumoulin telephoned Ochs and made an arrangement to meet him at a school near Kimberley. Ochs, Simpson and L'Ortye drove in Ochs' car to the school where they met Dumoulin who had arrived in her car. Ochs left his vehicle and spoke with Dumoulin. According to her evidence, during this conversation Ochs pointed out L'Ortye and said that he would kill Brousseau for \$5,000.

During the afternoon of May 2nd, 1980, Ochs, Simpson and L'Ortye were at Ochs' home in Kimberley. At some time during the afternoon, L'Ortye borrowed Ochs' car and retrieved a rifle, which was used in the shooting, from a hiding place where he said he had concealed it. It is not clear whether Ochs or Simpson accompanied him on this occasion. Dumoulin testified that at approximately 6:00 p.m. the same evening, May 2nd, she made a telephone call to Ochs, during which there was a discussion about preparation to kill Brousseau. Ochs denied this conversation. Ochs' daughter testified as to the events at Ochs' home during the afternoon and evening of May 2nd. She said that after some conversation between the three men, Ochs, Simpson and L'Ortye,

seau. Elle a répondu qu'elle ne savait pas, mais quand Ochs a avancé le chiffre de 10 000 \$, elle a répondu: «O.K.» Le 23 ou le 24 avril, il y eut de nouvelles discussions au sujet du comportement de Brousseau envers la fille de Dumoulin. Le 26 avril, un nommé L'Ortye, coaccusé de Simpson et d'Ochs, est arrivé à Kimberley. Il fut présenté à Ochs et à Simpson par un certain Carrier, chez qui L'Ortye vivait. Brousseau, la victime, revint à Kimberley le 27 avril 1980.

Le 30 avril 1980, d'après le témoignage de Carrier, il a de nouveau été question de la conduite de Brousseau en présence de L'Ortye et Ochs a dit: [TRADUCTION] «Brousseau doit disparaître». À partir de ce moment, L'Ortye s'est joint à Ochs et à Simpson dans leurs beuveries. Le 1^{er} mai, Ochs a téléphoné à Dumoulin lui disant qu'il connaissait un type qui [TRADUCTION] «ferait le travail» pour 10 000 \$. Ce jour-là, Simpson, Ochs et L'Ortye, passèrent tous trois en voiture devant la maison de Brousseau pour la montrer à L'Ortye. Le vendredi 2 mai, le jour du meurtre, Dumoulin téléphona à Ochs, lui donnant rendez-vous dans une école près de Kimberley. Ochs, Simpson et L'Ortye se sont rendus dans la voiture d'Ochs à l'école rencontrer Dumoulin, qui était venue dans sa propre voiture. Ochs est sorti de la voiture et est allé parler à Dumoulin. D'après le témoignage de cette dernière, au cours de cette conversation, Ochs lui aurait montré L'Ortye, disant qu'il tuerait Brousseau pour 5 000 \$.

Dans l'après-midi du 2 mai 1980, Ochs, Simpson et L'Ortye se trouvaient chez Ochs à Kimberley. Au cours de l'après-midi, L'Ortye a emprunté la voiture d'Ochs et est allé chercher une carabine, qui fut utilisée pour le meurtre, à l'endroit où, avait-il dit, il l'avait cachée. On ne sait pas si Ochs ou Simpson l'ont accompagné à cette occasion. Dumoulin a témoigné que vers 18 heures le même soir, le 2 mai, elle avait téléphoné à Ochs et qu'ils avaient discuté des préparatifs du meurtre de Brousseau. Ochs a nié cette conversation. La fille d'Ochs a relaté dans son témoignage les événements qui se sont passés chez celui-ci au cours de l'après-midi et de la soirée du 2 mai. Elle a déclaré qu'après une certaine conversation entre les trois hommes, Ochs, Simpson et L'Ortye, Ochs se serait

Ochs went to sleep on a chesterfield in the living room. L'Ortye brought in a rifle from the car. When he was cleaning and loading it, the rifle went off and made a hole in the kitchen ceiling. Ochs slept through this incident. There was continual drinking on this occasion by the three men.

According to the evidence given at trial, at some time in the evening on May 2nd Simpson and L'Ortye left Ochs' home and drove in Ochs' car to a public house. After a short stay, they left with Simpson driving. He was drunk, however, and L'Ortye took over the driving while Simpson went to sleep. L'Ortye drove to Brousseau's house and on arrival Simpson awoke. According to Dumoulin's evidence, between 9:00 and 9:30 p.m. on May 2nd, a car drove into the driveway of the Brousseau home. Simpson came to the door and asked for Brousseau. He entered the house and told Brousseau that there was someone outside who wished to speak to him. Brousseau went out and returned shortly, saying no one was there, but at Simpson's suggestion, he went out a second time and on this occasion L'Ortye shot and killed him. The evidence is unclear as to exactly where Simpson was when the shot was fired. Simpson and L'Ortye then drove off, with Simpson driving. At some point, they stopped and L'Ortye hid the rifle. They then went to the home of one Thompson where they did some drinking. After some time, they left Kimberley, still in Ochs' car, and drove to Cranbrook where they arrived at one Malberg's house at about 2:00 a.m., May 3rd, 1980.

When Simpson and L'Ortye departed from Ochs' home with his car in the early evening of May 2nd, Ochs himself was asleep. He awoke about 11:00 p.m. and went to a public house in Kimberley. When it closed, he came home where he received a telephone call about 4:00 a.m. from Simpson. Ochs then went by taxi to Malberg's house in Cranbrook, where he met Simpson and L'Ortye, and where he learned of the shooting and the disposal of the rifle.

endormi sur un canapé de la salle de séjour. L'Ortye aurait sorti une carabine de sa voiture. Alors qu'il la nettoyait et la chargeait, un coup serait parti, faisant un trou dans le plafond de la cuisine, sans pourtant réveiller Ochs. Les trois hommes auraient bu constamment.

D'après les témoignages entendus au procès, à un moment donné dans la soirée du 2 mai, Simpson et L'Ortye ont quitté la maison d'Ochs pour se rendre, dans la voiture de ce dernier, dans un débit de boisson. Peu après, ils repartaient avec Simpson au volant. Comme il était ivre, L'Ortye a pris le volant et Simpson s'est endormi. L'Ortye a conduit jusqu'à la maison de Brousseau; à leur arrivée Simpson s'est réveillé. D'après le témoignage de Dumoulin, entre 21 heures et 21 h 30 le 2 mai, une voiture est venue se garer dans l'entrée de la maison de Brousseau. Simpson s'est présenté à la porte et a demandé à voir Brousseau. Il est entré dans la maison et a dit à Brousseau qu'il y avait quelqu'un à l'extérieur qui voulait lui parler. Brousseau est sorti pour revenir peu après, disant qu'il n'y avait personne mais, à la suggestion de Simpson, il est sorti à nouveau et, cette fois, L'Ortye a tiré et l'a tué. L'endroit où se trouvait exactement Simpson lorsque le coup de feu est parti ne ressort pas clairement des témoignages. Simpson et L'Ortye sont alors repartis en voiture, Simpson au volant. À un moment donné, ils se sont arrêtés et L'Ortye a caché la carabine. Ils se sont rendus alors chez un nommé Thompson où ils ont bu. Un peu plus tard, ils ont quitté Kimberley, toujours dans la voiture d'Ochs, et se sont rendus à Cranbrook, chez un nommé Malberg, où ils sont arrivés vers 2 h du matin, le 3 mai 1980.

Lorsque Simpson et L'Ortye ont quitté la maison d'Ochs, en empruntant sa voiture, au début de la soirée du 2 mai, Ochs dormait. Il s'est réveillé vers 23 h; il s'est alors rendu dans un débit de boisson de Kimberley. Lorsque celui-ci a fermé, il est revenu chez lui où il a reçu un coup de téléphone de Simpson, vers 4 heures du matin. Ochs est allé rejoindre en taxi Simpson et L'Ortye chez Malberg, à Cranbrook, où il a appris le meurtre et aussi qu'on s'était débarrassé de la carabine.

At about 8:00 a.m. on May 3rd, the police came to Malberg's home in Cranbrook and arrested Ochs and Simpson. L'Ortye, who was present at that time, was allowed to leave. He was later arrested in Kimberley. Ochs and Simpson were taken to the police station in Cranbrook, where Ochs gave a statement to the police at 8:50 a.m. in which he said that at the time of the shooting he was in a hotel bar and that Simpson had his car. He said that his relationship with Dumoulin did not involve sexual relations. At approximately 9:00 a.m., Simpson made a statement to the police, in which he said that he was last at Brousseau's house some five days before the killing. The police then drove Ochs and Simpson to the police station in Kimberley. Ochs gave a second statement to the police about 11:00 a.m. in which he told much the same story as before. Both statements were put in evidence at the trial. Simpson was also interviewed a second time at Kimberley commencing about 11:15 a.m. on May 3rd. The ensuing conversation, partly in the police station and continuing later in a police car, was recorded on tape and then transcribed. It will hereafter be referred to as the second or 11:15 a.m. statement. It, in effect, repudiated the earlier statement and described at some length his participation in the events in connection with the case. It was not put into evidence by the Crown, despite the fact that counsel for Simpson repeatedly endeavoured to have it admitted. Dumoulin, Simpson, Ochs and L'Ortye were arrested and charged with first degree murder. Dumoulin pleaded guilty to a charge of conspiracy to kill Brousseau and the murder charge was withdrawn. She was sentenced to four years' imprisonment. She then gave evidence for the Crown at the trial of L'Ortye, Ochs and Simpson.

At trial, all three accused were convicted of second degree murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for ten years. The Crown's theory at the trial was that L'Ortye committed the murder and Simpson and Ochs aided and abetted the killing. In this, the Crown relied on ss. 21(1)(b) and (c) of the *Criminal Code*. The Crown also took the position that s. 21(2) of the *Code* was applicable because the three

Vers 8 h le matin du 3 mai, la police s'est présentée chez Malberg, à Cranbrook, et a arrêté Ochs et Simpson. L'Ortye, qui était présent à ce moment-là, a été autorisé à s'en aller. Il a été arrêté plus tard, à Kimberley. Ochs et Simpson ont été amenés au poste de police de Cranbrook où Ochs, à 8 h 50, a dit dans une déclaration à la police qu'au moment du meurtre il se trouvait dans le bar d'un hôtel et que Simpson avait sa voiture. Il a affirmé aussi que ses rapports avec Dumoulin n'incluaient pas de relations sexuelles. Vers 9 h ce matin-là, Simpson a fait une autre déclaration aux policiers, disant que la dernière fois qu'il s'était rendu chez Brousseau c'était quelque cinq jours avant le meurtre. Les policiers ont alors conduit Ochs et Simpson au poste de police de Kimberley. Ochs a fait une seconde déclaration aux policiers vers 11 h, répétant essentiellement la même histoire qu'au préalable. Les deux déclarations ont été produites comme preuve au procès. Simpson a subi un nouvel interrogatoire à Kimberley, à compter de 11 h 15 le 3 mai. La conversation qui a suivi, en partie au poste, puis dans une voiture de police, a été enregistrée et transcrite et sera désignée ci-après comme la seconde déclaration ou déclaration de 11 h 15. En fait, elle réfute la déclaration antérieure et décrit assez longuement la participation de Simpson aux événements en cause. Le ministère public ne l'a pas produite en preuve malgré le fait que l'avocat de Simpson ait à plusieurs reprises tenté d'en faire admettre la production. Dumoulin, Simpson, Ochs et L'Ortye ont été arrêtés et inculpés de meurtre au premier degré. Dumoulin a plaidé coupable à une accusation de complot pour tuer Brousseau et l'inculpation de meurtre a été retirée dans son cas. Elle a été condamnée à quatre ans d'emprisonnement. Elle a alors été témoin à charge au procès de L'Ortye, d'Ochs et de Simpson.

Au procès, les trois accusés ont été déclarés coupables de meurtre au second degré et condamnés à l'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle pendant dix ans. Selon la thèse du ministère public au procès, L'Ortye aurait commis le meurtre et Simpson et Ochs l'auraient aidé et encouragé à le commettre. À cet égard, le ministère public a invoqué les al. 21(1)(b) et (c) du *Code criminel*. Sa position a aussi été que

accused formed an intention in common to carry out an unlawful purpose, that is, to murder Brousseau, and L'Ortye did so. Alternatively, the Crown took the position that the three accused together formed an intention in common to effect the unlawful purpose of scaring Brousseau and in carrying out the purpose one of them, L'Ortye, killed Brousseau.

Ochs' defence was that he had never formed the intent to kill Brousseau. He said that the talk and discussions about killing him were merely "drunk talk". It was also said that he thought L'Ortye only intended to frighten Brousseau. Though not raised as a defence by Ochs at his trial, the trial judge considered that on the evidence, the defence of abandonment of the common purpose could be open and he instructed the jury upon it. He also instructed on the effect of drunkenness on Ochs' capacity to form the intent to kill. Simpson's defence was also that he had not formed the intent to kill Brousseau and that talk of such a thing was all drunk talk. He raised the defence of duress, saying he was afraid of L'Ortye and that he only went to Brousseau's house out of fear. The charge with respect to drunkenness also applied to Simpson. L'Ortye abandoned his appeal and the appeals of Ochs and Simpson were dismissed on July 5. Notice of appeal to this Court was given on September 13, 1983.

In the Court of Appeal (McFarlane, Taggart, Seaton, Craig and Macfarlane J.J.A.) three judgments were written. Taggart J.A., with whom McFarlane and Macfarlane J.J.A. concurred, dismissed the appeal on the grounds that in his view the trial judge did not err in his instructions to the jury in respect of s. 21(2) of the *Criminal Code*, there was no error in the failure to instruct the jury as to the effect of Dumoulin's plea of guilty to the conspiracy charge, and Simpson's second statement was properly rejected. Craig J.A. wrote a separate judgment which concurred in the result, but in which he expressed the view that the trial judge had erred in his instructions to the jury on s. 21(2) and in failing to warn them about Dumou-

le par. 21(2) du *Code* était applicable puisque les trois accusés avaient formé ensemble le projet de poursuivre une fin illégale, soit le meurtre de Brousseau, et que L'Ortye l'avait commis. Subsidièrement, le ministère public a fait valoir que les trois accusés avaient ensemble formé le projet de poursuivre la fin illégale consistant à effrayer Brousseau et que l'un d'entre eux, L'Ortye, avait tué Brousseau en réalisant cette fin commune.

Comme moyen de défense, Ochs a prétendu qu'il n'avait jamais eu l'intention de tuer Brousseau. Il avait bien parlé de le tuer et en avait discuté, mais ce n'était là que des [TRADUCTION] «propos d'ivrogne». On a aussi ajouté qu'il pensait que L'Ortye voulait seulement effrayer Brousseau. Bien qu'Ochs n'ait pas soulevé ce moyen de défense, le juge du procès a estimé que, vu la preuve, la défense d'abandon d'intention commune était possible et il en a instruit le jury. Il l'a aussi instruit de l'effet de l'ivresse d'Ochs sur sa capacité d'avoir l'intention de tuer. Le moyen de défense de Simpson a été le même: il n'avait pas l'intention de tuer Brousseau et ce qu'il avait dit à ce sujet n'était que des propos d'ivrogne. Il a aussi soulevé la défense de contrainte, disant qu'il avait peur de L'Ortye et que c'était seulement par peur qu'il s'était rendu à la maison de Brousseau. Les directives au sujet de l'ivresse ont aussi été appliquées à Simpson. L'Ortye s'est désisté de son appel et ceux d'Ochs et de Simpson ont été rejetés le 5 juillet. Avis de pourvoi en cette Cour a été donné le 13 septembre 1983.

En Cour d'appel, formée des juges McFarlane, Taggart, Seaton, Craig et Macfarlane, trois opinions ont été écrites. Le juge Taggart, à l'opinion duquel les juges McFarlane et Macfarlane ont souscrit, a rejeté l'appel parce qu'à son avis le juge de première instance n'avait commis aucune erreur dans ses directives au jury au sujet du par. 21(2) du *Code criminel*, qu'il n'avait nullement eu tort de ne pas instruire le jury de l'effet du plaidoyer de culpabilité de Dumoulin relativement à l'inculpation de complot, et que la seconde déclaration de Simpson avait été rejetée à bon droit. Le juge Craig a écrit une opinion distincte concordante quant au résultat, mais où il s'est dit d'avis que le juge de première instance avait donné des directi-

lin's guilty plea. He was of the opinion, however, that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred, and he applied the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* to dismiss the appeal. Seaton J.A. dissented and the grounds of his dissent are recorded in the formal order of the Court of Appeal in these terms:

1. THAT the learned trial court judge erred in instructing the jury to the effect that Section 21(2) of the Criminal Code is applicable to a case in which the unlawful purpose in question is the offence with which the accused is charged in the indictment.

2. THAT, in the circumstances to this case, the learned trial court Judge erred in failing to instruct the jury that the fact that Giselle Dumoulin pled guilty to a charge of conspiracy to commit murder was not evidence as against the accused Simpson and Ochs.

3. THAT, the learned trial court judge erred in refusing to allow the admission into evidence of a tape-recorded statement made by the accused Simpson to the police shortly after 11:00 a.m. May the 3rd 1980.

Section 21 of the Criminal Code

The first ground of dissent in the Court of Appeal has been set out above. Seaton J.A. was of the view that it was error to equate the unlawful purpose referred to in s. 21(2) with the actual offence charged. It is apparent that, in his view, this case was not one which engaged s. 21(2) of the *Criminal Code* but rather fell for decision under the provisions of s. 21(1).

In charging the jury, the trial judge gave directions upon both s. 21(1) and s. 21(2) of the *Criminal Code* and directed the jury on the evidence relevant to these issues. No exception was taken to his direction as it applied to s. 21(1) and no error in respect of it is asserted before this Court. It was the trial judge's treatment of s. 21(2) which provoked Seaton J.A.'s dissent on this issue. As stated in the formal order of the Court of Appeal, the question is: Is section 21(2) of the *Criminal Code* "applicable to a case in which the

ves erronées au jury au sujet du par. 21(2) et avait eu tort de ne pas le prévenir du plaidoyer de culpabilité de Dumoulin. À son avis néanmoins, aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'étaient produits et, appliquant la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*, il a rejeté l'appel. Le juge Seaton était dissident et les motifs de sa dissidence sont consignés dans l'ordonnance formelle de la Cour d'appel en ces termes:

[TRADUCTION] 1. QUE le juge de première instance a commis une erreur en disant au jury dans ses directives que le paragraphe 21(2) du Code criminel est applicable dans une affaire où la fin illégale en cause est l'infraction même dont l'accusé est inculpé dans l'acte d'accusation.

2. QUE, en l'espèce, le juge de première instance a commis une erreur en ne disant pas au jury dans ses directives que le plaidoyer de culpabilité de Giselle Dumoulin, relativement à l'inculpation de complot pour commettre un meurtre, ne pouvait servir de preuve contre les accusés Simpson et Ochs.

3. QUE le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'admettre comme preuve la déclaration enregistrée faite par l'accusé Simpson aux policiers, peu après 11 h le matin du 3 mai 1980.

L'article 21 du Code criminel

Le premier motif de dissidence en Cour d'appel est exposé ci-dessus. Le juge Seaton a été d'avis qu'on avait eu tort d'assimiler la fin illégale dont il est fait mention au par. 21(2) à l'infraction qui fait l'objet de l'inculpation. Il est évident qu'à son avis il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle le par. 21(2) du *Code criminel* devait jouer, mais qu'il fallait plutôt en décider sur le fondement des dispositions du par. 21(1).

Le juge de première instance a donné au jury des directives à la fois sur le par. 21(1) et sur le par. 21(2) du *Code criminel*, lui indiquant les éléments de preuve pertinents applicables à ces questions. Il n'y a pas eu d'opposition à ses directives relativement au par. 21(1), et aucune erreur à ce sujet n'a été invoquée devant nous. C'est la manière dont le juge de première instance a traité du par. 21(2) qui a provoqué la dissidence du juge Seaton à ce sujet. Comme le dit l'ordonnance formelle de la Cour d'appel, la question est la suivante: Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* est-il [TRADUCTION] «applicable dans une affaire

unlawful purpose in question is the offence with which the accused is charged in the indictment?"

There has been a good deal of controversy on this issue and it has been agreed by most judges who have expressed views on the matter that the words of s. 21(2) of the *Criminal Code* on their face could bear either meaning, that is to say, the one attributed to the section by Taggart J.A. or that favoured by Seaton J.A. in his dissent. Taggart J.A. was of the view that a trial judge was entitled to leave s. 21(2) of the *Code* with the jury, even when the intention in common to carry out an unlawful purpose which renders the subsection applicable was to commit the actual offence charged. He discussed various authorities and relied upon the statement of McFarlane J.A. in *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196 (B.C.C.A.), at p. 202:

Again, with great respect, there is confusion between intention (to carry out an unlawful purpose and assist therein) and the knowledge, actual or imputed, of a probable consequence of carrying out the purpose. So far as intention is an element I think the provisions of our subsection are satisfied if there is an intention in common to carry out an unlawful purpose and it matters not whether the unlawful common purpose was culpable homicide. Our subsection makes a person party to an offence where his only intention is to carry out an unlawful purpose, provided he knew or ought to have known that the offence actually committed was a probable consequence of carrying out the unlawful purpose.

It may be observed, however, that while this statement has frequently been cited as authority supporting the view favoured by Taggart J.A., it was made in a somewhat different context. McFarlane J.A. in *Wong*, when he used the words referred to above, was responding to an argument raised on behalf of Wong that there had been error at trial when the trial judge failed to leave open a possible conviction of manslaughter if there had been no intent to kill. McFarlane J.A. was pointing out that the only element of intent required in s. 21(2) of the *Code* is the intent to carry out an unlawful purpose and assist each other in connection therewith. Thereafter, any offence committed by one of them would render the other guilty of the actual offence committed without any further consider-

où la fin illégale en cause est l'infraction même dont l'accusé est inculpé dans l'acte d'accusation?»

Cette question est fort controversée; la plupart des juges qui ont exprimé des opinions à ce sujet reconnaissent que les termes du par. 21(2) du *Code criminel*, pris littéralement, pourraient avoir l'un ou l'autre sens, soit celui que lui attribue le juge Taggart, soit celui que favorise le juge Seaton dans sa dissidence. Le juge Taggart est d'avis que le juge de première instance était en droit de soumettre le par. 21(2) du *Code* au jury, même lorsque l'intention commune de poursuivre une fin illégale, qui rend le paragraphe applicable, était de commettre l'infraction même qui fait l'objet de l'inculpation. Après avoir analysé divers précédents, il s'appuie sur l'avis du juge McFarlane dans l'arrêt *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196 (C.A.C.-B.), à la p. 202:

[TRADUCTION] Ici encore, avec égards, il y a confusion entre l'intention (de poursuivre une fin illégale et d'aider à l'atteindre) et la connaissance, véritable ou présumée, d'une conséquence probable de la poursuite de cette fin. Dans la mesure où l'intention constitue un élément de l'infraction, je pense que l'on satisfait aux dispositions de notre paragraphe s'il y a intention commune de poursuivre une fin illégale, peu importe que la fin commune illégale soit l'homicide coupable. Notre paragraphe déclare qu'est partie à une infraction celui dont l'unique intention est la poursuite d'une fin illégale, pourvu qu'il ait su ou dû savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction.

On peut souligner néanmoins que, si ce commentaire a effectivement été fréquemment cité pour justifier l'opinion que favorise le juge Taggart, il a néanmoins été fait dans un contexte un peu différent. Lorsque le juge McFarlane a écrit ce qui précède dans l'arrêt *Wong*, il répondait à un argument invoqué au nom de Wong et selon lequel il y avait eu une erreur au procès quand le juge du procès n'a pas laissé le choix d'une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable, en l'absence d'intention de tuer. Le juge McFarlane a fait remarquer que le seul élément d'intention requis au par. 21(2) du *Code* est l'intention de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider. Donc, toute infraction commise par l'un des deux rendait l'autre coupable de l'infraction même qui

ation of intent. I would therefore express some doubt as to the applicability of these words in considering the question arising here which involves no question of an included offence with a differing intention. Both Seaton and Craig J.J.A. disagreed with Taggart J.A. Dealing with this question, Seaton J.A. said, at pp. 535-36:

I see no need to strain the language of s. 21(2) to encompass a case where the offence committed is the offence that was intended. The provisions of ss. 21(1) and 22 are quite sufficient, especially when the word "abet" is given its full meaning. Much of the evidence that points to Ochs and Simpson being parties pursuant to s. 21(2) points also to them being abettors, aiders and counsellors.

Offering s. 21(2) in the manner it was offered here might induce confusion. To say that "when two or more form an intention in common to murder Brousseau and in murdering Brousseau, one of them murders Brousseau each of them who knew that the murdering of Brousseau would be a probable consequence of carrying out the murder of Brousseau . . ." is bound to confuse the jury. Of course, the trial judge did not put it in those words, but that was what was meant . . .

And in a similar vein Craig J.A. said, at p. 543:

In other words, the "unlawful purpose" and "the offence" committed in the course of carrying out the "unlawful purpose" are different. I think that s-s.(2) is supplementary to s-s.(1) and that in enacting it Parliament intended to ensure that a person would be a party not only to an offence which he aided or abetted but also to an offence which he did not aid nor abet but which he knew or ought to have known was a probable consequence of carrying out the unlawful purpose.

They also relied on the words of Robertson J.A. in *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401 (B.C.C.A.) (appeal to the Supreme Court of Canada dismissed, [1977] 2 S.C.R. 680), at pp. 439-40:

I cannot accede to this argument. I doubt that this was a case under s. 21(2) at all. That deals primarily with a case where A and B form an intention in common

avait été commise, sans que l'on ait à s'interroger plus longtemps sur l'intention. J'entretiens donc quelque doute quant à l'applicabilité de ce commentaire à la question qui se pose en l'espèce, laquelle ne met en cause aucune infraction comprise comportant une intention différente. Tant les juges Seaton que Craig ne partagent pas l'opinion du juge Taggart. Sur cette question, le juge Seaton a dit, aux pp. 535 et 536:

[TRADUCTION] Je ne vois pas la nécessité de faire violence au texte du par. 21(2) pour y inclure le cas où l'infraction commise est l'infraction que l'on voulait commettre. Les dispositions du par. 21(1) et de l'art. 22 suffisent parfaitement, surtout lorsqu'on donne au terme «encourager» tout son sens. Une grande partie de la preuve qui ferait d'Ochs et de Simpson des parties à l'infraction en vertu du par. 21(2) en font aussi des parties pour en avoir encouragé et conseillé la perpétration et pour avoir aidé l'auteur.

Exciper du par. 21(2) de la manière dont on l'a fait ici pourrait provoquer de la confusion. Dire que «lorsque deux ou plusieurs personnes ont formé ensemble le projet de tuer Brousseau et qu'en tuant Brousseau, l'un d'eux tue Brousseau, chacun d'eux qui savait que le meurtre de Brousseau aurait pour conséquence probable la perpétration du meurtre de Brousseau . . .» ne peut que semer la confusion au sein du jury. Bien entendu le juge du procès ne l'a pas dit en ces termes, mais c'est là ce qu'il voulait dire . . .

Et, dans la même veine, le juge Craig dit, à la p. 543:

[TRADUCTION] En d'autres termes, la «fin illégale» et «l'infraction» commise dans la poursuite de la «fin illégale» diffèrent. Je pense que le par. (2) complète le par. (1) et qu'en l'adoptant le législateur a voulu s'assurer qu'une personne serait partie non seulement à l'infraction qu'elle a aidé ou encouragé à commettre, mais aussi à l'infraction qu'elle n'a ni aidé ni encouragé à commettre, mais dont elle savait ou aurait dû savoir qu'elle aurait pour conséquence probable la poursuite de la fin illégale.

Il s'appuie aussi sur ce que dit le juge Robertson dans l'arrêt *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401 (C.A.C.-B.) (pourvoi à la Cour suprême du Canada rejeté, [1977] 2 R.C.S. 680), aux pp. 439 et 440:

[TRADUCTION] Je ne saurais acquiescer à cet argument. Je doute même qu'il s'agisse d'un cas relevant du par. 21(2). Il traite d'abord et avant tout d'un cas où A

to carry out an unlawful purpose and in carrying out that purpose one of them commits an offence. It does not appear to me to be directed to a case where A and B form an intention to commit a particular crime and in carrying out their intent do commit that crime. The latter type of case is covered by s. 21(1). In s. 21(1) I think that para. (a) fits the case at bar: Miller held the barrel of the rifle in position to shoot out the window and Cockriell pulled the trigger; together they aimed and fired the rifle and each was equally guilty of shooting the constable to death. Alternatively, if I am wrong and Cockriell alone did the shooting, para. (b) makes Miller a party to the offence.

In my opinion the effect of s. 21(2) does not extend back into s. 21(1) so as to make it necessary, where s. 21(1) applies, to charge the jury about probable consequence. It would be absurd to tell a jury that, if they find that the accused intended to kill a man, they must be satisfied that he knew that, if he did kill the man, a probable consequence would be that the man would be dead!

Taggart J.A., who had carefully examined many of the authorities, did not consider that these words of Robertson J.A. in *Miller and Cockriell* supported the position taken by Seaton J.A. In his view, Robertson J.A. had simply held that s. 21(2) of the *Code* did not apply to the facts in that case. It was a case which fell properly into s. 21(1) and reference to s. 21(2) was therefore unnecessary. Nevertheless, the words of Robertson J.A. have frequently been used to support the position of Seaton J.A. in his dissent. The Ontario Court of Appeal dealt with this issue in *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406, where Zuber J.A., speaking for the court (Brooke, Arnup and Zuber J.J.A.), said at p. 409:

Section 21(2) which speaks of the knowledge of probable consequences has no application to this case when the parties did precisely what they set out to do: see *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401 at p. 440, 63 D.L.R. (3d) 193 at p. 232, 33 C.R.N.S. 129 (affirmed 31 C.C.C. (2d) 177, [1977] 2 S.C.R. 680, 70 D.L.R. (3d) 324). It is only s. 21(1) that can have any application to this case and in the light of the facts of this case the mere reading of the section was sufficient.

et B forment l'intention commune de poursuivre une fin illégale et où, dans la poursuite de cette fin, l'un d'eux commet une infraction. Il ne me semble pas viser le cas où A et B ont l'intention de commettre un crime en particulier et où, dans la poursuite de cette intention, ils commettent effectivement ce crime. Ce dernier type de cas est couvert par le par. 21(1). Je pense que l'al. 21(1)a) s'applique à l'espèce: Miller a tenu le canon de la carabine en position de tir par la fenêtre et Cockriell a pressé la détente; ensemble ils ont visé et fait feu et chacun est également coupable d'avoir tiré et tué l'agent de police. Subsidiairement, si je me trompe et que Cockriell seul a tiré, l'al. b) fait de Miller une partie à l'infraction.

À mon avis, l'effet du par. 21(2) ne va pas jusqu'à rétroagir sur le par. 21(1) de façon à rendre nécessaire, lorsque le par. 21(1) s'applique, de donner des directives au jury quant aux conséquences probables. Il serait absurde de dire à un jury que s'il constate que l'accusé entendait tuer un homme, il doit être convaincu qu'il savait que, s'il tuait effectivement l'homme, une conséquence probable serait que cet homme serait mort!

Le juge Taggart, qui a soigneusement étudié une grande partie de la jurisprudence, n'a pas estimé que le commentaire du juge Robertson dans l'arrêt *Miller and Cockriell* justifie la position du juge Seaton. À son avis, le juge Robertson avait simplement constaté que le par. 21(2) du *Code* ne s'appliquait pas aux faits alors en cause. Il s'agissait d'un cas qui relevait du par. 21(1) et il n'était donc pas nécessaire de mentionner le par. 21(2). Néanmoins le commentaire du juge Robertson a fréquemment été invoqué à l'appui de la position que prend le juge Seaton dans sa dissidence. La Cour d'appel de l'Ontario a statué sur la question dans son arrêt *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406, où le juge Zuber, au nom de la cour formée également des juges Brooke et Arnup, dit, à la p. 409:

[TRADUCTION] Le paragraphe 21(2), qui parle de connaissance des conséquences probables, n'a aucune application en l'espèce, alors que les parties ont fait précisément ce qu'elles avaient convenu de faire: voir *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, à la p. 440, 63 D.L.R. (3d) 193, à la p. 232, 33 C.R.N.S. 129 (confirmé par 31 C.C.C. (2d) 177, [1977] 2 R.C.S. 680, 70 D.L.R. (3d) 324). Seul le par. 21(1) peut avoir quelque application en l'espèce et, compte tenu des faits en cause, la simple lecture du paragraphe suffisait.

And, more recently, Howland C.J.O. in *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399, said at p. 408:

It was held by this court in *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406, 103 D.L.R. (3d) 332, 26 O.R. (2d) 570, that s. 21(2) does not apply where the parties do precisely what they set out to do. Under s. 21(2) where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein, the unlawful purpose referred to is not the offence charged.

It could be said that both *Turkiewicz* and *Howard* were cases where on their facts s. 21(2) of the *Code* did not apply; that they were cases of aiding and abetting more properly to be considered under s. 21(1). They do, however, in my view, support the views expressed by Seaton J.A. in his dissent and by Craig J.A. on this issue.

While acknowledging that the words of s. 21 of the *Criminal Code* could be read to support either contention, and while not overlooking the fact that I was a member of the court in *Wong* and in *Miller and Cockriell*, which cases are said to express conflicting views on the question, I am of the opinion that the weight of the authorities supports the dissenting view of Seaton J.A., to the effect that the unlawful purpose mentioned in s. 21(2) must be different from the offence which is actually charged. In reaching this conclusion, I adopt the words of Craig J.A., *supra*. The "unlawful purpose" and "the offence" committed in the course of the pursuit of the unlawful purpose are different. The two subsections of s. 21 deal with different circumstances. Subsection (1) applies to make everyone a party to an offence who commits it or who aids and abets in its commission. Subsection (2) covers the case where, in the absence of aiding and abetting, a person may become a party to an offence committed by another which he knew or ought to have known was a probable consequence of carrying out an unlawful purpose in common with the actual perpetrator. I am of the opinion that the trial judge was in error in his charge to the jury with respect to s. 21(2) of the *Criminal Code*.

Et, plus récemment, le juge en chef de l'Ontario Howland, dans l'arrêt *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399, a dit à la p. 408:

[TRADUCTION] Cette Cour a déjà jugé dans l'arrêt *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406, 103 D.L.R. (3d) 332, 26 O.R. (2d) 570, que le par. 21(2) ne s'applique pas lorsque les parties font précisément ce qu'elles avaient l'intention de faire. En vertu du par. 21(2), lorsque deux ou plusieurs personnes forment une intention commune de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider, la fin illégale dont il est fait mention n'est pas l'infraction faisant l'objet de l'inculpation.

On peut dire que tant l'arrêt *Turkiewicz* que l'arrêt *Howard* étaient des affaires où, en raison des faits en cause, le par. 21(2) du *Code* ne s'appliquait pas et qu'il s'agissait d'affaires relevant plutôt du par. 21(1), soit, aider et encourager à commettre une infraction. Néanmoins, à mon avis, elles justifient l'opinion du juge Seaton dans sa dissidence et du juge Craig sur ce point.

Tout en reconnaissant que les termes de l'art. 21 du *Code criminel* pourraient être interprétés dans les deux sens, et sans oublier que j'ai siégé dans les arrêts *Wong* et *Miller and Cockriell*, dont on dit qu'ils expriment des opinions incompatibles sur la question, je suis d'avis que le poids de la jurisprudence appuie l'opinion dissidente du juge Seaton selon laquelle la fin illégale mentionnée au par. 21(2) doit différer de l'infraction qui est effectivement imputée. En arrivant à cette conclusion, j'adopte les termes du juge Craig, précités. La «fin illégale» et «l'infraction» commise lors de la poursuite de celle-ci diffèrent. Les deux paragraphes de l'art. 21 traitent de circonstances différentes. Le paragraphe (1) s'applique de façon à rendre partie à une infraction quiconque la commet ou aide ou encourage à la commettre. Le paragraphe (2) s'applique au cas où, bien qu'il n'y ait ni aide ni encouragement, une personne peut devenir partie à l'infraction commise par quelqu'un d'autre lorsqu'elle sait ou aurait dû savoir que l'infraction serait une conséquence probable de la poursuite d'une fin commune illégale avec celui qui l'a effectivement perpétrée. Je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury au sujet du par. 21(2) du *Code criminel*.

Dumoulin's Guilty Plea

It will be recalled that Dumoulin, after pleading guilty to conspiracy and being sentenced, gave evidence for the Crown. In dealing with her evidence in his charge to the jury, the trial judge instructed the jury that there was evidence upon which they could conclude that she had been an accomplice of Ochs, Simpson and L'Ortye and that it was dangerous to convict upon the evidence of an accomplice in the absence of corroboration but they could do so if satisfied beyond a reasonable doubt that the accomplice evidence was true. The charge was delivered before the rendering of this Court's judgment in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. He gave further instructions as to the nature of corroborative evidence and reviewed the relevant evidence for them. No objection is taken to the charge in this respect. The appellants, however, argue that the jury should have been directed, as well, that the fact that Dumoulin had pleaded guilty to the conspiracy charge could not be considered as evidence against Simpson, Ochs and L'Ortye on the issue of their guilt or innocence.

In the Court of Appeal, Seaton J.A., with whom Craig J.A. agreed on this issue, was of the view that the omission of a direction to the above effect, with respect to the evidence of Dumoulin, was an error of great significance. He referred to *R. v. Caron* (1971), 9 C.C.C. (2d) 447 (Ont. C.A.), and *R. v. Ellis* (1972), 6 C.C.C. (2d) 220 (Ont. C.A.), as well as other authorities which deal with the question. Taggart J.A. distinguished the decisions relied upon by Seaton J.A. on the basis that they dealt with cases where the plea of guilty had been entered to the same offence with which a co-accused was charged, whereas in the case at bar Dumoulin had pleaded guilty to a charge of conspiracy while the others had been charged with murder. This distinction was not considered sufficient by Seaton J.A.

This question was said to be of particular importance in this case. Dumoulin pleaded guilty to a charge of conspiracy to commit the crime which was, in fact, committed, and with which her

Le plaidoyer de culpabilité de Dumoulin

On se rappellera que Dumoulin, après avoir plaidé coupable à l'accusation de complot et avoir été condamnée, a été témoin à charge. Lorsque le juge du procès a traité de ce témoignage dans ses directives au jury, il lui a expliqué qu'il existait des éléments de preuve lui permettant de conclure qu'elle avait été complice d'Ochs, de Simpson et de L'Ortye et qu'il était dangereux de déclarer quelqu'un coupable sur la foi du témoignage d'un complice en l'absence de corroboration, mais qu'il pouvait le faire s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que le témoignage de la complice était véridique. Ces directives ont été données avant que cette Cour ne rende l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Il a aussi donné d'autres directives sur la nature d'une preuve corroborante et a passé en revue pour eux les éléments de preuve pertinents. Les directives à cet égard ne font l'objet d'aucune objection. Toutefois les appelants soutiennent que le jury aurait dû aussi être prévenu que le plaidoyer de culpabilité de Dumoulin relativement à l'accusation de complot ne pouvait être considéré comme une preuve jouant contre Simpson, Ochs et L'Ortye, sur la question de leur culpabilité ou de leur innocence.

En Cour d'appel, le juge Seaton, avec lequel le juge Craig était d'accord sur ce point, était d'avis que l'absence de directive dans le sens susmentionné, à l'égard du témoignage de Dumoulin, était une erreur très importante. Il renvoie aux affaires *R. v. Caron* (1971), 9 C.C.C. (2d) 447 (C.A. Ont.) et *R. v. Ellis* (1972), 6 C.C.C. (2d) 220 (C.A. Ont.), ainsi qu'à la jurisprudence qui traite de la question. Le juge Taggart a distingué l'espèce des décisions qu'invoque le juge Seaton, parce qu'elles traitaient de cas où le plaidoyer de culpabilité portait sur la même infraction que celle dont un coaccusé était inculpé, alors qu'en l'espèce Dumoulin avait plaidé coupable à une accusation de complot, alors que les autres étaient accusés de meurtre. Le juge Seaton n'a pas estimé cette distinction suffisante.

La question, a-t-on dit, revêt une importance particulière en l'espèce. Dumoulin a plaidé coupable à une accusation de complot afin de commettre le crime même qui a effectivement été commis et

co-conspirators were charged. In addition she gave evidence, the admissibility of which was incontestable, which, taken with other evidence including that of Ochs and Simpson, tied Ochs and Simpson into the conspiracy and furnished evidence of motive and of the actual killing. It was argued that it would have been a very natural mistake for the jury to consider that, since she had pleaded guilty to entering into an agreement to procure the killing of Brousseau, she could only have done so with Ochs and Simpson. This they might naturally consider as cogent evidence of guilt of the murder of Brousseau by Ochs and Simpson. It is for this reason that it has been considered necessary to warn juries of the danger of misapplying evidence in this fashion.

In *R. v. Caron, supra*, the Ontario Court of Appeal (Aylesworth, McGillivray and Evans J.J.A.) considered this question. In that case, on a charge of robbery an accomplice of Caron pleaded guilty to robbery and gave evidence for the Crown. Aylesworth J.A., speaking for the court, said at pp. 447-48:

The entire trial, and it was a lengthy trial, of the appellant is permeated, and not improperly permeated, but nevertheless permeated with evidence of the actions of the accomplice Funnell. The question of the guilt or innocence of the appellant is irrevocably entwined with the actions of Funnell.

That being so, we think it was directly incumbent upon the trial Judge to warn the jury not only as to his being an accomplice, which we think was done satisfactorily, but that the fact that Funnell had pleaded guilty to the same charge as was before them with respect to the appellant and had been convicted and sentenced on that plea, was no evidence whatsoever of the guilt of the appellant. We think it was vital to a fair trial that this be done despite the fact, as I have said, that the evidence of Funnell's actions permeated the entire evidence as to trial and that Funnell himself gave extensive evidence in the witness-box. It still remained a paramount duty of the trial Judge in such circumstances, we think, to warn the jury against their very likely mistake, if not warned, that Caron must be guilty since he was associated with Funnell and Funnell had pleaded guilty, had been convicted upon that plea and sentenced.

ce, avec comme complices, les accusés. En outre, son témoignage, dont l'admissibilité est incontestable et qui, considéré avec les autres dépositions, y compris celles d'Ochs et de Simpson, a lié ces derniers au complot et a fourni la preuve du mobile et de la réalité de l'homicide. Le jury aurait fort bien pu commettre l'erreur, bien naturelle, de considérer que, puisqu'elle avait plaidé coupable d'avoir conclu un arrangement pour faire tuer Brousseau, elle pouvait ne l'avoir conclu qu'avec Ochs et Simpson. Il aurait pu naturellement juger qu'il s'agissait là d'une preuve concluante qu'Ochs et Simpson étaient coupables du meurtre de Brousseau. C'est pour cette raison qu'il a été jugé nécessaire de mettre les jurys en garde contre le danger de mal interpréter un témoignage de cette façon.

Dans l'arrêt *R. v. Caron*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario, formée des juges Aylesworth, McGillivray et Evans, était saisie de cette question. Dans cette affaire, accusé de vol qualifié, un complice de Caron avait plaidé coupable à l'accusation de vol qualifié et avait été témoin à charge. Le juge Aylesworth, au nom de la cour, a dit, aux pp. 447 et 448:

[TRADUCTION] Tout le procès de l'appelant, et ce fut un long procès, est imprégné, non pas par erreur, mais néanmoins imprégné, de la preuve des faits et gestes de son complice Funnell. La question de la culpabilité ou de l'innocence de l'appelant est irrévocablement liée au comportement de Funnell.

Cela étant, nous pensons qu'il incombait directement au juge du procès de prévenir le jury non seulement qu'il s'agissait d'un complice, ce qu'il a fait, pensons-nous, d'une manière satisfaisante, mais encore que le fait que Funnell avait plaidé coupable à la même accusation que celle dont il était saisi dans le cas de l'appelant, qu'il avait été déclaré coupable et condamné en raison de ce plaidoyer, n'était aucunement une preuve de la culpabilité de l'appelant. Nous pensons qu'il était vital pour que le procès soit équitable que cela soit fait malgré, comme je l'ai dit, que la preuve des actes de Funnell ait imprégné toute la preuve et que Funnell lui-même ait longuement déposé à la barre des témoins. Le juge du procès a toujours l'obligation primordiale dans ces circonstances, pensons-nous, de mettre en garde le jury contre une erreur très probable, à moins qu'il n'en soit prévenu, que Caron doit être coupable puisqu'il était associé à Funnell et que Funnell a plaidé coupable, a été reconnu tel en raison de ce plaidoyer et condamné.

This view was approved in the related case of *R. v. Ellis*, *supra*, and, for an English case dealing with the same point, see *R. v. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50. It may well be observed, however, that while the role played in this case by Dumoulin was indeed significant, particularly when it is recalled that she instigated the plot, her evidence was largely consistent with that given by both Ochs and Simpson at trial. On the authorities, however, a warning such as that contended for here should have been given to the jury.

This question was considered again in *R. v. Pentiluk and MacDonald* (1974), 28 C.R.N.S. 324 (Ont. C.A.) Pentiluk and MacDonald were jointly charged with murder in two indictments dealing with two killings. Both killings occurred in one transaction and the indictments were tried together. Pentiluk pleaded guilty to manslaughter. MacDonald argued that the trial judge should have warned the jury that the guilty plea of manslaughter by Pentiluk was not evidence against him. At page 330, Martin J.A., speaking for the court (Gale C.J.O., Evans and Martin J.J.A.) said:

The other grounds of appeal with respect to which the Court required to hear argument from the Crown relate only to the appellant MacDonald. The first of such grounds is that the learned trial Judge erred in failing to direct the jury that the plea of guilty by Pentiluk was not evidence in any way against the appellant MacDonald, in conformity with the judgment of this Court in *Regina v. Caron* (1973), 9 C.C.C. (2d) 447. In some circumstances the failure to so direct the jury would constitute serious non-direction. However, in the present case the foundation of the defence advanced by the appellant MacDonald was that Pentiluk had shot the deceased, but that he was not a party to the killings. It is difficult to understand how an admission by Pentiluk that he had killed the deceased could prejudice the appellant MacDonald, in view of the nature of his defence. Moreover, the learned trial Judge was not requested by counsel at the trial to instruct the jury in the way it is now argued that he should have instructed them in this respect.

A similar comment was made by Martin J.A. for the court (Arnup, Martin and Thorson J.J.A.) in

Cette opinion a été approuvée dans l'affaire connexe *R. v. Ellis*, précitée, et, pour une affaire anglaise traitant du même point, voir: *R. v. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50. On peut souligner cependant que quoique le rôle joué par Dumoulin en l'espèce était effectivement important, en particulier quand on se rappelle qu'elle a été l'instigatrice du complot, son témoignage est dans l'ensemble compatible tant avec celui d'Ochs que celui de Simpson au procès. Vu la jurisprudence, cependant, une mise en garde comme celle qui est demandée en l'espèce aurait dû être faite au jury.

La question a été réexaminée dans l'arrêt *R. v. Pentiluk and MacDonald* (1974), 28 C.R.N.S. 324 (C.A. Ont.) Pentiluk et MacDonald ont été conjointement inculpés de meurtre dans deux actes d'accusation portant sur deux homicides. Les deux homicides se sont produits durant une même opération et les accusations furent jugées ensemble. Pentiluk a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable. MacDonald a soutenu que le juge du procès aurait dû prévenir le jury que le plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable de Pentiluk ne faisait pas preuve contre lui. À la page 330, le juge Martin, au nom de la cour, formée également du juge en chef de l'Ontario Gale et du juge Evans, a dit:

[TRADUCTION] Les autres moyens d'appel au sujet desquels la Cour a jugé nécessaire d'entendre le ministère public concernent uniquement l'appellant MacDonald. Le premier de ces moyens est que le juge du procès aurait commis une erreur en ne donnant pas comme directive au jury que le plaidoyer de culpabilité de Pentiluk ne faisait pas preuve, dans un sens ou dans l'autre, contre l'appellant MacDonald, conformément à notre arrêt *Regina v. Caron* (1973), 9 C.C.C. (2d) 447. Dans certaines circonstances, l'absence de directives en ce sens au jury constituerait une carence grave. Néanmoins en l'espèce, le fondement de la défense de l'appellant MacDonald est que Pentiluk a descendu la victime mais que lui n'y a pas participé. Il est difficile de comprendre comment l'aveu de Pentiluk qu'il a tué la victime, pourrait porter préjudice à l'appellant MacDonald, vu la nature de sa défense. De plus, l'avocat de la défense n'a pas, au procès, demandé au juge du procès de donner des directives au jury de la manière dont on soutient maintenant qu'il aurait dû le faire à cet égard.

Le juge Martin a fait un commentaire analogue au nom de la cour, formée également des juges Arnup

R. v. MacGregor (1981), 64 C.C.C. (2d) 353, at pp. 357-58, in these terms:

The second ground of appeal on which we required to hear argument from Crown counsel is that the trial Judge erred in failing to instruct the jury that the pleas of guilty by the co-accused were not evidence against the appellant and in failing to direct the jury to disregard those pleas in considering the case against the appellant. Admittedly, it was error for the trial Judge to fail to instruct the jury that in considering the case against the appellant they should disregard the pleas of guilty of manslaughter by the co-accused and that those pleas were not in any way to be taken into account in considering the case against the appellant. In some circumstances this failure would be fatal but in the circumstances of this case it did not result in any real prejudice to the appellant and Mr. Rosen, in the course of a very able argument, was unable to satisfy us what prejudice there might have been.

These comments follow *Caron*, but may be said to import the need to find a risk of prejudice to the accused by the omission of the warning against the use of the evidence of a guilty plea as evidence against a co-accused. They also stand for the proposition that an omission to give the warning against such misuse of the evidence will not always be fatal. In this case, where, as has been noted, there was no real conflict between the evidence of Dumoulin on significant points and that of both co-accused, as to the particulars of the conspiracy and the actual killing, it is difficult to see how the omission of the warning could amount to reversible error.

Admissibility of Statement Made at 11:15 a.m., May 3, 1980

It will be recalled that on the morning after the killing the police arrested Simpson and Ochs at Cranbrook. They took a statement from Simpson at approximately 9:00 a.m. which, having been found voluntary on a *voir dire*, was admitted in evidence. They then took Simpson to Kimberley and commencing at approximately 11:15 a.m. they took a second statement. This statement was made

et Thorson, dans l'arrêt *R. v. MacGregor* (1981), 64 C.C.C. (2d) 353, aux pp. 357 et 358, en ces termes:

[TRADUCTION] Le second moyen d'appel, au sujet duquel nous avons demandé au substitut de plaider, est que le juge du procès aurait commis une erreur en n'expliquant pas au jury que les plaidoyers de culpabilité du coaccusé ne faisaient pas preuve contre l'appellant et en ne lui donnant pas comme directive de ne pas tenir compte de ces plaidoyers dans son appréciation de la preuve pesant contre l'appellant. Certes, le juge du procès a eu tort de ne pas expliquer au jury que, dans son appréciation de la preuve pesant contre l'appellant, il ne devait pas tenir compte des plaidoyers de culpabilité d'homicide involontaire coupable du coaccusé, et que ces plaidoyers ne devaient jouer absolument aucun rôle dans son appréciation de la preuve pesant contre l'appellant. Dans certains cas, cette carence serait fatale mais, dans les circonstances de l'espèce, il n'en a pas résulté de préjudice réel pour l'appellant et, d'ailleurs, M^e Rosen, au cours d'une excellente plaidoirie, a été incapable de nous convaincre de la nature du préjudice qu'il aurait pu y avoir.

Ces commentaires suivent l'arrêt *Caron*, mais on peut dire qu'ils y ajoutent la nécessité de conclure que l'accusé risque de subir un préjudice si l'on omet la mise en garde contre une utilisation de la preuve d'un plaidoyer de culpabilité comme preuve contre un coaccusé. Ils permettent aussi d'affirmer que l'omission de mettre en garde contre ce genre d'utilisation fautive de la preuve n'est pas toujours fatale. Dans ce cas-ci où, comme on l'a noté, il n'existe pas de réel conflit entre le témoignage de Dumoulin sur des points importants et celui des deux coaccusés quant aux détails du complot et de l'homicide lui-même, il est difficile de voir comment l'omission de la mise en garde pourrait être assimilée à une erreur donnant lieu à cassation.

L'admissibilité de la déclaration faite à 11 h 15 le 3 mai 1980

On se rappellera qu'au matin qui a suivi le meurtre les policiers ont arrêté Simpson et Ochs à Cranbrook. Ils ont obtenu une première déclaration de Simpson vers 9 h du matin laquelle, ayant été jugée volontaire après un voir dire, a été admise. Ils ont ensuite ramené Simpson à Kimberley et, à compter de 11 h 15 environ, ils ont obtenu une seconde déclaration. Cette déclaration a été

in the presence of two R.C.M.P. officers, Lawson and Zaichkowsky. It was recorded on tape and transcribed. It consists of some fourteen pages of questions and answers covering the events which gave rise to these proceedings. It was not tendered in evidence by the Crown but was exhibited on a *voir dire*. It is difficult to ascertain from the record whether a specific finding was made as to whether it was voluntary. This fact is unimportant for it is the defence, not the Crown, which seeks the admission of the statement. The defence at trial sought on various occasions to have the transcript admitted so it could be considered by the jury, but its admission was refused. It is this refusal which led to the third ground of dissent relied upon by Seaton J.A. in the Court of Appeal. The first statement was recorded in the handwriting of the officer Zaichkowsky. It is only two pages in length. It consists largely of a series of questions posed by the police officer with the answers given by Simpson. Simpson denies any participation in the events of the previous night and denies that he was in Kimberley on that occasion, having spent the night in Cranbrook. He also denies that he knew Brousseau. The answers attributed to Simpson appear to be those of a rational person in full possession of his faculties. The transcript of the second statement reveals a different picture. He appears to be a "vulgar drunk" suffering withdrawal symptoms and confused about many details. Seaton J.A. expressed the view that it was difficult to believe that the first statement could be made by the same rambling, drunken individual who made the second statement some two hours later and without having done any further drinking in the interval. He was of the view that the second statement was wrongly excluded by the trial judge, because it was clear evidence of the state of mind of Simpson at the time he made the first statement. He said, at p. 539:

If the jury had heard the tape-recording it is unlikely that they would have thought Simpson capable at nine o'clock in the morning of the conduct which Crown counsel attributed to him. The tape-recording demonstrated Simpson's condition as no description could. He had nothing to drink between the two statements, yet at 11:15 a.m. he was in a terrible state. The answers in the nine o'clock statement bear no resemblance to the

faite en présence de deux agents de la GRC, les agents Lawson et Zaichkowsky. Elle a été enregistrée, puis transcrite. Elle consiste en quelque quatorze pages de questions et de réponses relatives aux événements qui ont donné lieu à l'instance. Le ministère public ne l'a pas présentée comme preuve, mais elle a été produite au cours d'un voir dire. Il est difficile d'établir, d'après le dossier, si elle a expressément été jugée volontaire. Ce fait ne revêt aucune importance puisque c'est la défense, et non le ministère public, qui en réclame l'admission. Au procès, la défense a cherché, à plusieurs occasions, à en faire admettre la transcription pour que le jury puisse l'examiner, mais l'admission en a été refusée. C'est ce refus qui a amené le troisième point de dissidence énoncé par le juge Seaton en Cour d'appel. La première déclaration a été consignée de la main de l'agent Zaichkowsky. Elle ne fait que deux pages. Elle consiste largement en une série de questions posées par l'agent de police, avec les réponses de Simpson. Simpson nie toute participation dans les événements de la nuit précédente et dit qu'il ne se trouvait pas à Kimberley à cette occasion, car il avait passé la nuit à Cranbrook. Il nie aussi avoir connu Brousseau. Les réponses attribuées à Simpson paraissent être celles d'un être rationnel en pleine possession de ses moyens. La transcription de la seconde déclaration brosse un tableau bien différent. Il se révèle être un «ivrogne grossier», en état de manque et qui s'embrouille sur bien des détails. Le juge Seaton était d'avis qu'il était difficile de croire que la première déclaration pouvait avoir été faite par le même ivrogne incohérent qui faisait la seconde déclaration, quelque deux heures plus tard, sans avoir bu dans l'intervalle. À son avis, le juge du procès a eu tort d'exclure la seconde déclaration, parce qu'elle indiquait clairement dans quel état était Simpson au moment où il a fait la première déclaration. Il dit, à la p. 539:

[TRADUCTION] Si le jury avait entendu l'enregistrement magnétique, il est peu probable qu'il aurait jugé Simpson capable, à neuf heures du matin, du comportement que le substitut lui a attribué. L'enregistrement révèle l'état de Simpson comme aucune description ne le pourrait. Il n'a rien eu à boire entre les deux déclarations et pourtant, à 11 h 15 du matin, il était dans un état épouvantable. Les réponses de la déclaration de

answers given by the rambling, vulgar drunk we heard on the tape.

He saw as well a further objection to the exclusion of the second statement. Crown counsel, he said, had vigorously attacked the evidence given by Simpson, Ochs and L'Ortye, partly on the basis that they had recently fabricated their defences. By excluding the second statement, prejudice resulted to Simpson because the jury was left with the suggestion that Simpson was a calculating liar, that he had lied in the first statement and had persisted in the lies to the date of trial when a recently fabricated story was then presented to the jury. In these circumstances, ordinary justice required that the second statement, made only two hours after the first, which he considered was largely consistent with the evidence given by Simpson at trial, should be admitted. He said, at p. 540:

There is no rule excluding previous consistent statements. They are rejected simply because they are valueless: see *Wigmore on Evidence* (Chadbourn Rev.), vol. 4, § 1124. If for some reason they become valuable then they become admissible. Thus a suggestion that evidence was recently contrived makes an earlier consistent statement admissible: see *R. v. Wannebo* (1972), 7 C.C.C. (2d) 266, [1972] 5 W.W.R. 372. The statement rebuts the suggestion of recent fabrication.

The Crown position, briefly stated, is that the trial judge made no error in declining to admit the second statement. It was contended that the second statement is not admissible as a previous consistent statement to rebut the allegation of recent fabrication, because the statement is not consistent with the evidence given by Simpson at his trial.

Before this Court it was contended for Simpson that the second statement was receivable for four reasons. The first was that the 11:15 a.m. statement was merely a continuation of the 9:30 statement. This ground was not seriously argued before us and, in my view, has no merit. The second and third grounds overlap. They are based on the proposition that the second statement recorded on tape provided original circumstantial evidence of the state of mind and general condition of Simpson

neuf heures n'ont aucune ressemblance avec celles de l'ivrogne incohérent et vulgaire de l'enregistrement.

Il voyait aussi une autre objection à l'exclusion de la seconde déclaration. Le substitut, a-t-il dit, avait vigoureusement attaqué le témoignage de Simpson, d'Ochs et de L'Ortye, en partie pour le motif qu'ils venaient de fabriquer leurs moyens de défense. L'exclusion de la seconde déclaration causait un préjudice à Simpson, car le jury restait sous l'impression que Simpson était un menteur rusé, qu'il avait menti la première fois et avait persisté dans ses mensonges jusqu'au moment du procès où une histoire fabriquée était alors présentée au jury. Dans ces circonstances, la simple justice exigeait que la seconde déclaration, faite deux heures à peine après la première, qu'il jugeait, pour l'essentiel, compatible avec le témoignage donné par Simpson au procès, aurait dû être admise. Il dit, à la p. 540:

[TRANSDUCTION] Aucune règle n'exclut les déclarations antérieures allant dans le même sens. Elles sont rejetées simplement parce qu'elles sont sans valeur: voir *Wigmore on Evidence* (Chadbourn Rev.), vol. 4, § 1124. Si, pour quelque raison, elles acquièrent de l'importance, elles deviennent alors admissibles. Ainsi la prétention qu'une preuve est fabriquée rend admissible une déclaration antérieure compatible: voir *R. v. Wannebo* (1972), 7 C.C.C. (2d) 266, [1972] 5 W.W.R. 372. La déclaration réfute l'allégation de fabrication.

La position du ministère public, en bref, est que le juge du procès n'a fait aucune erreur en refusant d'admettre la seconde déclaration. On a prétendu que la seconde déclaration n'est pas admissible, à titre de déclaration antérieure compatible, pour réfuter l'allégation de fabrication, parce que la déclaration n'est pas conforme au témoignage donné par Simpson au procès.

Devant nous, on a soutenu au nom de Simpson que la seconde déclaration était recevable pour quatre raisons. Premièrement, la déclaration de 11 h 15 n'était que la suite de celle de 9 h 30. Ce moyen, qui n'a pas été sérieusement plaidé devant nous n'a, à mon avis, aucun fondement. Les deuxième et troisième moyens se chevauchent. Ils se fondent sur la proposition voulant que la seconde déclaration enregistrée sur bande fournisse une preuve circonstancielle originale de l'état

when he made the first statement, and it was therefore admissible on the issue of the weight that should be attributed to the first statement and to the defence raised by Simpson. The fourth ground asserted that the second statement was admissible to rebut the suggestion of recent invention of a defence.

As a general rule, the statements of an accused person made outside court—subject to a finding of voluntariness where the statement is made to one in authority—are receivable in evidence against him but not for him. This rule is based on the sound proposition that an accused person should not be free to make an unsworn statement and compel its admission into evidence through other witnesses and thus put his defence before the jury without being put on oath and being subjected, as well, to cross-examination. It is, however, not an inflexible rule, and in proper circumstances such statements may be admissible; for example, where they are relevant to show the state of mind of an accused at a given time or to rebut the suggestion of recent fabrication of a defence. The first exception has been recognized in the authorities and in the text writings. In *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), para. 7-34, the following appears:

Whenever the physical condition, emotions, opinions and state of mind of a person are material to be proved, his statements indicative thereof made at or about the time in question may be given in evidence. In the case of physical condition or emotions, if they were the natural language of the affection, whether of body or mind, they furnish original and satisfactory evidence of its existence, and the question whether they were real or feigned is for the jury to determine.

In the English case of *R. v. Willis* (1959), 44 Cr. App. R. 32, at p. 37, Parker L.C.J. put it in these terms:

... provided the evidence as to his state of mind and conduct is relevant, it matters not whether it was in regard to the conduct at the time of the commission of the offence or, as here, at a subsequent time to explain his answers to the police and his conduct when charged.

d'esprit et de l'état général de Simpson lorsqu'il a fait la première déclaration et qu'elle est donc admissible quand il s'agit d'apprécier le poids à attribuer à la première déclaration et à la défense que soulève Simpson. Le quatrième moyen consiste en l'affirmation que la seconde déclaration était admissible pour réfuter l'allégation de défense fabriquée.

En règle générale, les déclarations extrajudiciaires d'un accusé—sous réserve qu'elles soient jugées volontaires lorsqu'elles ont été faites à quelqu'un en situation d'autorité—sont recevables comme preuve contre lui, mais non à son avantage. Cette règle est fondée sur la proposition juste qu'un accusé ne devrait pas être libre de faire des déclarations non solennelles, puis d'en forcer l'admission comme preuve par l'intermédiaire d'autres témoins et, ainsi, de soumettre sa défense au jury sans avoir à prêter serment et aussi sans subir de contre-interrogatoire. Il ne s'agit pas toutefois d'une règle inflexible; dans des circonstances appropriées, de telles déclarations peuvent être admissibles, par exemple lorsqu'elles peuvent révéler l'état d'esprit dans lequel était l'accusé à un moment donné ou lorsqu'elles peuvent réfuter l'allégation de défense fabriquée. La première exception a été reconnue par la jurisprudence et la doctrine. Dans *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), par. 7-34, on trouve:

[TRADUCTION] Chaque fois que l'état physique, les émotions, les opinions et l'état d'esprit d'une personne doivent être prouvés, des déclarations qui les révèlent, contemporaines ou presque du moment en cause, peuvent être présentées comme preuves. Dans le cas de l'état physique ou des émotions, s'il s'agit des paroles qui viennent naturellement quand on est atteint de l'affection, qu'il s'agisse du corps ou de l'esprit, elles fournissent une preuve indépendante et satisfaisante de son existence et il doit revenir au jury d'apprécier si elles étaient réelles ou feintes.

Dans l'arrêt anglais *R. v. Willis* (1959), 44 Cr. App. R. 32, à la p. 37, le lord juge en chef Parker formule la règle en ces termes:

[TRADUCTION] ... pourvu que la preuve de son état d'esprit et de son comportement soit pertinente, il importe peu que ce soit en regard de sa conduite au moment de la perpétration de l'infraction ou, comme en l'espèce, à un moment ultérieur, pour expliquer les réponses qu'il a faites à la police et son comportement lors de l'inculpation.

As noted above, Seaton J.A. found it impossible to believe that the "vulgar drunk" revealed in the second statement could have made the precise statement earlier taken. The weight which the jury might give to the first statement could be affected if they heard the second, and the significance of the lies in the first statement might be greatly diminished upon a consideration of the state of mind revealed in the second.

The suggestion of recent fabrication may, as well, be met by the introduction of a previous statement of the accused. Phipson, *supra*, at para. 33-50, states:

(c) *Statements rebutting an allegation of recent fabrication.* "If, in cross-examination, a witness's account of some incident or set of facts is challenged as being a recent invention, thus presenting a clear issue as to whether at some previous time he said or thought what he has been saying at the trial, he may support himself by evidence of earlier statements by him to the same effect. Plainly the rule that sets up the exception cannot be formulated with any great precision, since its application will depend on the nature of the challenge offered by the course of cross-examination and the relative cogency of the evidence tendered to repel it." The rule was applied by the Court of Appeal (Criminal Division) in 1971. The mere fact that the witness's testimony is impeached in cross-examination does not render such evidence admissible.

and in a similar vein see McWilliams in *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), at p. 355:

If, on cross-examination, a witness' account of some incident or set of facts is challenged as being of recent invention or concoction, this raises an issue which the party calling the witness is permitted to rebut by showing that at some earlier time, the witness made an earlier statement to the same effect: *Fox v. General Medical Council*, [1960] 3 All E.R. 225 (P.C.); *R. v. Benjamin* (1913), 8 Cr. App. R. 146; *R. v. Neigel* (1918), 29 C.C.C. 232 (Alta. S.C. App. Div.); *R. v. Coyle* (1855), 7 Cox C.C. 74; *R. v. St. Lawrence* (1949), 93 C.C.C. 376 (Ont. H.C.J.); *R. v. Lalonde* (1971), 5 C.C.C. (2d) 168 (Ont. H.C.J.); *R. v. Wannebo* (1972), 7 C.C.C. (2d) 266 (B.C.C.A.). As to admission of previous consistent statements prior to cross-examination see: *R. v. Giraldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248 (B.C.C.A.); *R. v. Racine* (1977), 32 C.C.C. (2d) 468 (Ont. C.A.); *R. v. Campbell, supra*. See generally, "Consistent Statements

Comme je l'ai observé précédemment, d'après le juge Seaton, il était impossible de croire que l'«ivrogne grossier» révélé par la seconde déclaration ait pu faire la déclaration précise consignée antérieurement. Le poids que le jury pouvait attribuer à la première déclaration aurait pu différer s'il avait entendu la seconde et la portée des mensonges que comporte la première aurait pu être grandement diminuée par la constatation de l'état d'esprit révélé par la seconde.

L'allégation de fabrication peut aussi être combattue par l'introduction d'une déclaration antérieure de l'accusé. Phipson, précité, au par. 33-50, déclare:

[TRADUCTION] c) *Déclarations réfutant une allégation de fabrication.* «Si, en contre-interrogatoire, le récit par un témoin d'un certain incident ou d'un ensemble de faits est contesté comme étant une invention, ce qui pose clairement la question de savoir si, antérieurement, il a dit ou pensé ce qu'il a dit devant le tribunal, il peut s'appuyer sur les preuves de déclarations antérieures de sa part dans le même sens. Manifestement, la règle qui érige cette exception ne saurait être formulée avec une grande précision, puisque son application dépendra de la nature de la contestation au cours du contre-interrogatoire et de la force relative de la preuve offerte pour la réfuter.» La règle a été appliquée par la Cour d'appel (Division criminelle) en 1971. La simple attaque de la déposition du témoin en contre-interrogatoire ne suffit pas à rendre admissible ce genre de preuve.

Et, dans une même veine, voir McWilliams dans *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), à la p. 355:

[TRADUCTION] Si, en contre-interrogatoire, le récit que fait un témoin d'un certain incident ou d'un ensemble de faits est contesté comme étant une invention, cela soulève une controverse que la partie qui a cité le témoin est autorisée à réfuter en démontrant qu'à une époque antérieure le témoin a fait une déclaration précédente dans le même sens: *Fox v. General Medical Council*, [1960] 3 All E.R. 225 (C.P.); *R. v. Benjamin* (1913), 8 Cr. App. R. 146; *R. v. Neigel* (1918), 29 C.C.C. 232 (C.S. Alb. div. app.); *R. v. Coyle* (1855), 7 Cox. C.C. 74; *R. v. St. Lawrence* (1949), 93 C.C.C. 376 (H.C.J. Ont.); *R. v. Lalonde* (1971), 5 C.C.C. (2d) 168 (H.C.J. Ont.); *R. v. Wannebo* (1972), 7 C.C.C. (2d) 266 (C.A.C.-B.) Quant à l'admission de déclarations antérieures compatibles avant le contre-interrogatoire, voir les arrêts: *R. v. Giraldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248 (C.A.C.-B.); *R. v. Racine* (1977), 32 C.C.C. (2d) 468

of a Witness" by M. T. MacCrimmon, 17 Osgoode Hall L.J. 285 (1979).

The courts have recently applied this exception to the general rule against the admission of self-serving statements by the accused where no direct allegation of recent fabrication has been made. In *R. v. Girdaldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248 (B.C.C.A.), McFarlane J.A., speaking for the court (McFarlane, Branca, Carrothers J.J.A.), said, at p. 253:

I find the reasoning of the Judges in this case compelling. That reasoning does not support the proposition that the only basis for applying the exception and admitting the evidence is the fact that cross-examination of the witness has been of such a nature as to lay a foundation for inferring a recently fabricated or contrived story. On the contrary it supports the view, which in my opinion is the correct one, that that foundation may be laid in other ways including the whole circumstances of the case and the conduct of the trial. Moreover, it is very much a matter for the trial Judge who is required to consider the question of admissibility with great care before allowing the earlier self-serving statement to be admitted.

I think also this view that a suggestion of recent fabrication need not necessarily be made expressly but may arise implicitly is supported on a careful consideration of the judgments of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Pappin* (1970), 12 C.R.N.S. 287, and *R. v. Rosik* (1970), 2 C.C.C. (2d) 351, [1971] 2 O.R. 47, 13 C.R.N.S. 129 (appeal in the latter to the Supreme Court of Canada dismissed, 2 C.C.C. (2d) 393n, [1971] 2 O.R. 89n, [1971] S.C.R. vi).

And in *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), Martin J.A., speaking for the court (Arnup, Martin and Lacourcière J.J.A.), said, at pp. 18-19:

I accept the proposition that an express allegation of recent fabrication in cross-examination is not necessary before the exception with respect to rebutting an allegation of recent fabrication becomes operative, and that a suggestion that the accused's story has been recently contrived may also arise implicitly from the whole circumstances of the case, the evidence of the witnesses who have been called, and the conduct of the trial. Where the circumstances are such as to raise the suggestion that the accused's evidence is a recent fabrication, counsel may properly anticipate the allegation of recent fabrication in cross-examination, and examine the

(C.A. Ont.); *R. v. Campbell*, précité. Voir en général: M. T. MacCrimmon, «Consistent Statements of a Witness», 17 Osgoode Hall L.J. 285 (1979).

Les tribunaux ont récemment appliqué cette exception à la règle générale interdisant l'admission de déclarations intéressées de l'accusé alors qu'aucune allégation directe de fabrication n'a été faite. Dans l'arrêt *R. v. Girdaldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248 (C.A.C.-B.), le juge McFarlane, au nom de la cour formée également des juges Branca et Carrothers, dit, à la p. 253:

[TRADUCTION] Le raisonnement des juges en l'espèce me paraît persuasif. Ce raisonnement n'appuie pas la proposition que la seule base sur laquelle l'exception peut être appliquée et la preuve admise est que le contre-interrogatoire du témoin a été d'une nature telle qu'on est fondé à en déduire qu'il s'agit d'une histoire fabriquée ou inventée. Au contraire, il appuie l'opinion, qui à mon avis est la bonne, qu'on est fondé à le faire pour d'autres raisons, y compris l'ensemble des circonstances de l'espèce et le déroulement du procès. En outre, c'est là avant tout l'affaire du juge du procès, qui doit apprécier l'opportunité de l'admissibilité avec le plus grand soin avant d'autoriser l'admission d'une déclaration antérieure intéressée.

Je pense aussi que l'opinion qu'une allégation de fabrication n'a pas nécessairement à être formulée expressément mais peut implicitement être déduite, est bien fondée comme le révèle un examen attentif des arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario: *R. v. Pappin* (1970), 12 C.R.N.S. 287 et *R. v. Rosik* (1970), 2 C.C.C. (2d) 351, [1971] 2 O.R. 47, 13 C.R.N.S. 129 (pourvoi en Cour suprême du Canada rejeté, 2 C.C.C. (2d) 393n, [1971] 2 O.R. 89n, [1971] R.C.S. vi).

Et dans l'arrêt *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), le juge Martin, parlant au nom de la cour formée également des juges Arnup et Lacourcière, dit, aux pp. 18 et 19:

[TRADUCTION] Je reconnais qu'une allégation expresse de fabrication en contre-interrogatoire n'est pas nécessaire pour que l'exception relative à la réfutation d'une allégation de fabrication joue; l'allégation que l'histoire racontée par l'accusé a été inventée peut aussi découler implicitement de l'ensemble des circonstances entourant l'affaire, des dépositions des témoins cités et du déroulement du procès. Lorsque les circonstances donnent à entendre que le témoignage de l'accusé est fabriqué, son avocat peut, à bon droit, anticiper l'allégation de fabrication en contre-interrogatoire et, au cours de l'interrogatoire principal, interroger l'accusé

accused in chief with respect to previous statements to other persons, prior to his being cross-examined: see *R. v. Giraldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248, [1975] W.W.D. 166; *R. v. Racine* (1977), 32 C.C.C. (2d) 468, at p. 473; *Previous Consistent Statements*, at pp. 86-7, by R. N. Gooderson.

From these authorities, it is my view that the second statement made by Simpson could in proper circumstances have been admitted in evidence at the request of Simpson. The Crown, of course, could not have been compelled or directed to tender it. It remains then to consider whether in the facts of this case the trial judge should have exercised his discretion by admitting the second statement on the application of the defence.

I have read the transcript of the second statement, I have examined the evidence of the appellants, in chief and in cross-examination, and I have reached the conclusion that the second statement is, in general, a statement consistent with the evidence given by Simpson at his trial. There are discrepancies, but they assume relatively little significance when the whole of Simpson's evidence is read with the second statement. The statement is, of course, self-serving, but on the whole is consistent with his testimony. It may be that the statement would be relevant on the issue of Simpson's state of mind when he made it and, to some extent, when the killing occurred. However, the essence of the second statement was heard by the jury in the testimony of Simpson and it would shed little if any light not already found in the viva voce evidence on the actual killing. The only basis, in my view, upon which it could be said to be admissible would be to rebut any suggestion by the Crown of recent invention of a defence by Simpson. The Crown had taken the position that Simpson was a liar and had illustrated that fact by the introduction of his earlier statement which stood in marked contrast to his evidence given at trial. In these circumstances, Simpson would be entitled to have the second statement before the jury to show that whatever falsehoods he had given the police in his first statement, he had in his second statement, made some two hours after his arrest, given the same or substantially the same account of events

sur les déclarations antérieures qu'il aurait faites à des tiers, sans attendre le contre-interrogatoire: voir les arrêts *R. v. Giraldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248, [1975] W.W.D. 166; *R. v. Racine* (1977), 32 C.C.C. (2d) 468, à la p. 473; R. N. Gooderson, *Previous Consistent Statements*, aux pp. 86 et 87.

En raison de cette jurisprudence, je suis d'avis que la seconde déclaration de Simpson aurait pu, à sa demande, être admise comme preuve dans des circonstances appropriées. Le ministère public, naturellement, ne pouvait être forcé ni obligé à la produire. Il reste donc à se demander si, selon les faits en cause, le juge de première instance aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et admettre la seconde déclaration à la demande de la défense.

J'ai lu la transcription de la seconde déclaration, j'ai étudié le témoignage des appelants, en interrogatoire principal et en contre-interrogatoire, et j'en suis venu à la conclusion que la seconde déclaration est, en général, compatible avec le témoignage donné par Simpson à son procès. Il y a des divergences, mais de peu d'importance, lorsqu'on considère l'ensemble du témoignage de Simpson et la seconde déclaration. La déclaration est naturellement intéressée, mais dans l'ensemble elle confirme son témoignage. Il se peut que la seconde déclaration soit pertinente pour l'appréciation de l'état d'esprit de Simpson lorsqu'il l'a faite et, dans une certaine mesure, au moment de l'homicide. Toutefois le jury a été saisi, pour l'essentiel, du contenu de la seconde déclaration lors du témoignage de Simpson et elle n'aurait guère ajouté au témoignage donné de vive voix sur l'homicide lui-même. La seule base, à mon avis, sur laquelle elle pourrait être considérée comme admissible, serait pour réfuter toute insinuation du ministère public que Simpson venait de fabriquer une défense. La position du ministère public était que Simpson mentait, ce qu'il a démontré par la production de sa déclaration antérieure, en contraste marqué par rapport à son témoignage au procès. Dans ces circonstances, Simpson serait en droit de saisir le jury de la seconde déclaration pour montrer que, quelles qu'aient été les faussetés qu'il avait dites à la police au moment de sa première déclaration, il avait, dans la seconde, faite quelque deux heures après son arrestation, donné le même, ou substantiellement le même, compte rendu des événements

which he gave in evidence. In my view, the second statement should have been admitted.

Application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*

The Crown argues that even though the Court might find errors on the part of the trial judge, it should apply the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and dismiss the appeals. To do so, the Court would have to reach the conclusion that, while there had been a wrong decision on a question or questions of law, no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. In the Court of Appeal, Craig J.A. considered that despite the error in charging the jury on s. 21(2) of the *Criminal Code*, the case was an appropriate one for the application of the proviso. Seaton J.A. in his dissent expressed the view that it should not apply. He said, at p. 542:

The failure to explain the guilty plea on the part of the witness Dumoulin is aggravated by the charge under s. 21(2). In the end the jury could find that Ochs and Simpson conspired with Dumoulin and L'Ortye and that they formed a common intention to kill Brousseau. The charge here was not conspiracy, but with the direction under s. 21(2) it might well have been. The only difference is that these appellants are convicted of murder and the witness only of conspiracy.

When taken with the refusal to admit Simpson's statement, I am unable to say that s. 613(1)(b)(iii) ought to be invoked. Simpson's evidence was as important to Ochs' defence as it was to his own.

The authoritative statement of the test to be applied by the Court when considering the application of the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* was made by Cartwright J. (as he then was) in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. Speaking for himself and Hall J., he said at p. 744, referring to the then s. 592(1)(b)(iii) and to various authorities referred to in the same case by Spence J.:

A number of authorities which should guide the Court of Appeal in deciding whether, misdirection having been shewn [*sic*], it can safely be affirmed that no substantial

que dans son témoignage. À mon avis la seconde déclaration aurait dû être admise.

L'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*

Le ministère public soutient que, même si la Cour constate que le juge du procès a commis des erreurs, elle devrait appliquer la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et rejeter les pourvois. Pour le faire, la Cour doit arriver à la conclusion que, s'il y a bien eu décision erronée sur une ou plusieurs questions de droit, aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. En Cour d'appel, le juge Craig a estimé qu'en dépit de l'erreur dans les directives données au jury relativement au par. 21(2) du *Code criminel*, il s'agissait d'une affaire où l'application de la disposition était appropriée. Le juge Seaton, dans sa dissidence, s'est dit d'avis qu'elle ne devrait pas s'appliquer. Il dit, à la p. 542:

[TRADUCTION] L'absence d'explication du plaidoyer de culpabilité du témoin Dumoulin s'aggrave du fait de la directive au sujet du par. 21(2). En dernière analyse, le jury pouvait conclure qu'Ochs et Simpson avaient comploté avec Dumoulin et L'Ortye et qu'ils avaient formé l'intention commune de tuer Brousseau. Il ne s'agissait pas d'une accusation de complot, mais vu la directive au sujet du par. 21(2), cela aurait bien pu l'être. La seule différence est que ces appelants sont reconnus coupables de meurtre et le témoin de complot uniquement.

Quand j'ajoute à cela le refus d'admettre la déclaration de Simpson, je ne puis dire que le sous-al. 613(1)(b)(iii) devrait être invoqué. Le témoignage de Simpson était tout aussi important pour la défense d'Ochs que pour la sienne.

L'énoncé du critère qui fait autorité et que le tribunal doit appliquer lorsqu'il recherche si le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* s'applique, a été formulé par le juge Cartwright (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. Parlant en son nom et en celui du juge Hall, il dit, à la p. 744, se référant au sous-al. 592(1)(b)(iii) d'alors et aux divers précédents cités dans la même affaire par le juge Spence:

[TRADUCTION] Mon collègue le Juge Spence cite dans ses motifs un certain nombre de précédents qui devraient guider la Cour d'appel dans son jugement, une

wrong or miscarriage of justice has occurred are quoted in the reasons of my brother Spence. Upon reading these it will be observed that, once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred. The satisfaction of this onus is a condition precedent to the right of the Appellate Court to apply the terms of the subsection at all. The Court is not bound to apply the subsection merely because this onus is discharged.

Spence J., with whom Ritchie J. agreed, reviewed many authorities on this question and said, at p. 755:

Therefore, this Court must apply the test set out in the aforesaid cases and, to quote again from *Brooks v. The King*:

The onus is upon the Crown to satisfy the Court that the jury, charged as it should have been, could not, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty.

He added, at p. 756:

I am of the opinion that this Court cannot place itself in the position of a jury and weigh these various pieces of evidence. If there is any possibility that twelve reasonable men, properly charged, would have a reasonable doubt as to the guilt of the accused, then this Court should not apply the provisions of s. 592(1)(b)(iii) to affirm a conviction.

The formulation of the test by Cartwright J. has been followed in later cases and has been accepted in later decisions of this Court: see *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, at p. 845, in which case reference was also made to the words of Kerwin J. in *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438, at p. 440:

The meaning of these words has been considered in this Court in several cases, one of which is *Gouin v. The King*, [1926] S.C.R. 539, from all of which it is clear that the onus rests on the Crown to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if the charge had been correct or if no evidence had been improperly admitted. The principles therein set forth do not differ from the rules set forth in a recent decision of the House of Lords in *Stirland v. Director of Public Prosecutions*, [1944] A.C. 315, i.e., that the proviso that the Court of Appeal may dismiss the appeal

fois l'erreur d'instruction démontrée, sur la question de savoir si l'on peut affirmer sans crainte qu'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. À la lecture de ces précédents, il faut observer qu'une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite. Cette preuve est une condition préalable de toute application des dispositions de ce sous-alinéa par la Cour d'appel. La Cour n'est pas tenue de l'appliquer du seul fait que cette obligation se trouve satisfaite.

Le juge Spence, à l'opinion duquel a souscrit le juge Ritchie, après étude d'un grand nombre de précédents sur cette question, dit, à la p. 755:

[TRADUCTION] Par conséquent, cette Cour doit appliquer le critère énoncé dans les affaires susmentionnées et, comme il est dit dans *Brooks v. The King*:

Il incombe au ministère public de convaincre la Cour que si les jurés avaient reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, ils n'auraient pu raisonnablement faire autrement que trouver l'appelant coupable.

Il ajoute, à la p. 756:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que la Cour ne saurait se substituer à un jury pour apprécier ces divers éléments de preuve. S'il y a la moindre possibilité que douze hommes raisonnables, ayant reçu des directives appropriées, aient un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé, alors cette Cour ne doit pas appliquer le sous-al. 592(1)(b)(iii) pour confirmer la déclaration de culpabilité.

Le critère formulé par le juge Cartwright a été suivi par la jurisprudence ultérieure et il a été accepté dans les décisions ultérieures de cette Cour: voir *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, à la p. 845, où il est aussi fait référence aux propos du juge Kerwin dans l'affaire *Schmidt v. The King*, [1945] R.C.S. 438, à la p. 440:

[TRADUCTION] Cette Cour a analysé le sens de ces mots à plusieurs reprises, notamment dans l'arrêt *Gouin v. The King*, [1926] R.C.S. 539. Il ressort clairement de ces arrêts qu'il incombe à la poursuite de convaincre la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si les directives avaient été correctes ou si aucun élément de preuve n'avait été accepté irrégulièrement. Les principes qui y sont énoncés ne sont pas différents des règles énoncées dans un arrêt récent de la Chambre des lords, *Stirland v. Director of Public Prosecutions*, [1944] A.C. 315, c.-à-d. que la disposition selon laquelle la cour d'appel peut rejeter un appel

if they consider that no substantial miscarriage of justice has actually occurred in convicting the accused assumes a situation where a reasonable jury, after being properly directed, would, on the evidence properly admissible, without doubt convict.

Cartwright J.'s test has been approved more recently in this Court in *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, where Lamer J., speaking for the Court, dealt with the matter at pp. 328-30. Reference may be made as well to *Miller and Cockriell*, *supra*, at pp. 456-57. The foregoing authorities clearly set out the test to be applied. The whole of the evidence must be considered and, where the Court cannot conclude that in the absence of the errors shown to have been made the result would necessarily have been the same, the proviso cannot be applied.

Turning to this case, as to the error in respect of s. 21(2) of the *Criminal Code* it is not possible, in my view, to conclude that the charge under that subsection could have affected the result. The jury was properly charged under s. 21(1) and there was an abundance of evidence before the jury upon which it could find that both Ochs and Simpson aided in the commission of the crime and, as well, that they formed a common intent to carry it out. The directions given regarding s. 21(2) could not have distracted the jury from the true purpose of its inquiry. As to the omission of the warning concerning the use of the evidence of the conviction for conspiracy of Dumoulin, I have already indicated that I would not consider it reversible error. The defence in this case, it must be remembered, was not a denial of the killing nor was it a denial of the planning and preparation for that event. It was that the earlier incriminating discussions were mere drunk talk and that no intent to carry out the killing of Dumoulin existed. The defence of drunkenness was raised as well and on that point a charge was given to which no objection was taken in this Court. The jury rejected that defence. There was therefore evidence before the jury, independent of the evidence of Dumoulin's conviction, which standing alone, in my view, made the conviction of Ochs and Simpson inevitable. As to the refusal of the trial judge to admit

si elle estime qu'aucune erreur judiciaire grave n'a été commise en déclarant coupable l'accusé, présuppose qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, aurait, d'après la preuve régulièrement recevable, sans nul doute prononcé un verdict de culpabilité.

La Cour a, plus récemment encore, donné son approbation au critère du juge Cartwright dans son arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, où le juge Lamer, parlant pour la Cour, traite de la question aux pp. 328 à 330. On peut aussi citer l'arrêt *Miller and Cockriell*, précité, aux pp. 456 et 457. La jurisprudence qui précède énonce donc clairement le critère qui doit être appliqué. Il faut considérer l'ensemble de la preuve et, lorsque la Cour ne peut conclure qu'en l'absence des erreurs effectivement commises, le résultat aurait nécessairement été le même, la disposition ne peut pas être appliquée.

Pour en venir à l'espèce, pour ce qui est de l'erreur relative au par. 21(2) du *Code criminel*, il n'est pas possible, à mon avis, de conclure que les directives relatives à ce paragraphe aient pu influencer sur le résultat. Le jury a reçu des directives appropriées sur le par. 21(1) et il y avait une abondance de preuves dont il avait été saisi en vertu desquelles il pouvait juger que tant Ochs que Simpson avaient aidé à la perpétration du crime et, aussi, qu'ils avaient conçu l'intention commune de le commettre. Les directives concernant le par. 21(2) ne peuvent avoir fait dévier le jury de l'objet véritable de son investigation. Quant à l'omission de la mise en garde concernant l'utilisation de la preuve que Dumoulin avait été reconnue coupable de complot, j'ai déjà dit que je ne la considère pas comme une erreur donnant lieu à cassation. La défense en l'espèce, il faut le rappeler, ne nie ni l'homicide ni sa planification ni sa préparation. Elle prétend que les discussions incriminantes antérieures n'étaient que des propos d'ivrogne et qu'il n'existait aucune intention d'y donner suite et de tuer Dumoulin. La défense d'ivresse a aussi été soulevée et, sur ce point, la directive donnée n'a suscité aucune objection devant nous. Le jury avait rejeté cette défense. Le jury était donc saisi de preuves, indépendantes de la preuve de la déclaration de culpabilité de Dumoulin, qui, par elles-mêmes, à mon avis, rendaient inévitables qu'Ochs

the second or 11:15 a.m. statement by Simpson, it could not in my view have affected the result. As earlier pointed out, its essence was before the jury through the evidence of Dumoulin and Ochs and, as well, the pattern of joint action involving Dumoulin, Ochs, L'Ortye and Simpson was clearly established before the jury and it would dispel any suggestion that Simpson had recently invented a defence.

Error was made at trial and, therefore, if the appeal is to be dismissed, it must be on the basis of the application of the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. In accordance with the test referred to above, I would conclude upon a consideration of all the evidence that despite the errors the result would necessarily have been the same in respect of both appellants. The only conclusion the jury could have reached on the evidence was that Simpson and Ochs aided and abetted L'Ortye in the killing. The case in some respects parallels that of *Miller and Cockriell, supra*, and the words of Robertson J.A., speaking for the British Columbia Court of Appeal, at p. 458, are applicable here:

Each accused said that he never intended anything by what he said about shooting a policeman: it was just drunk talk. This could raise no reasonable doubt, for their deeds belie their statements: they set out with a rifle, they hunted until they found a policeman and, when they did, he was shot. Their conduct was entirely consistent with their expressed intention and fortifies their expression of it; it is equally inconsistent with an absence of intention.

I would accordingly apply the proviso and dismiss the appeals.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Simpson: Clarke, Covell, Banks, Vancouver.

Solicitors for the appellant Ochs: Orris, La Liberté, Burns, Vancouver.

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

et Simpson soient reconnus coupables. Quant au refus du juge de première instance d'admettre la seconde déclaration de Simpson, ou déclaration de 11 h 15, il ne peut, à mon avis, avoir influé sur le résultat. Comme je l'ai signalé précédemment, le jury avait été saisi de l'essentiel de cette déclaration par le biais des témoignages de Dumoulin et d'Ochs et, aussi, la structure de l'action commune impliquant Dumoulin, Ochs, L'Ortye et Simpson avait clairement été établie en présence du jury, ce qui suffisait à réfuter toute proposition que Simpson avait inventé cette défense.

Il y a eu erreur au cours du procès et, donc, si le pourvoi doit être rejeté, ce doit être en raison de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Conformément au critère mentionné ci-dessus, je suis d'avis de conclure, considérant l'ensemble de la preuve, qu'en dépit des erreurs commises le résultat aurait nécessairement été le même pour les deux appelants. D'après la preuve, la seule conclusion à laquelle le jury pouvait arriver était que Simpson et Ochs avaient aidé et encouragé L'Ortye à commettre l'homicide. On peut faire un parallèle entre cette affaire, par certains de ses aspects, et l'affaire *Miller and Cockriell*, précitée, et ce que dit le juge Robertson au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la p. 458, s'applique à l'espèce:

[TRADUCTION] Chaque accusé a dit n'avoir jamais eu quelque intention que ce soit en parlant d'abattre un policier: ce n'était là que des propos d'ivrogne. Cela ne permet aucun doute raisonnable, car leurs actes font mentir leurs déclarations: ils sont partis en chasse avec un fusil à la recherche d'un policier et, quand ils l'ont trouvé, il a été abattu. Leur comportement est parfaitement conforme à l'intention qu'ils avaient exprimée et renforce l'expression qu'ils lui ont donnée; il est également incompatible avec une absence d'intention.

Je suis par conséquent d'avis d'appliquer la disposition et de rejeter les pourvois.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appellant Simpson: Clarke, Covell, Banks, Vancouver.

Procureurs de l'appellant Ochs: Orris, La Liberté, Burns, Vancouver.

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

Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Frank Smoling and Dr. Robert Scott *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MORGENTALER

File No.: 19556.

1986: October 7, 8, 9, 10; 1988: January 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice — Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.

Constitutional law — Jurisdiction — Superior court powers and inter-delegation — Whether or not therapeutic abortion committees exercising s. 96 court functions — Whether or not abortion provisions improperly delegate criminal law powers — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 96.

Constitutional law — Charter of Rights — Whether or not Attorney General's right of appeal constitutional — Costs — Whether or not prohibition on costs constitutional — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605, 610(3).

Criminal law — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion and procuring of abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions ultra vires Parliament — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice —

D^r Henry Morgentaler, D^r Leslie Frank Smoling et D^r Robert Scott *Appellants*

c.

a Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

b RÉPERTORIÉ: R. C. MORGENTALER

N° du greffe: 19556.

1986: 7, 8, 9, 10 octobre; 1988: 28 janvier.

c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

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

d Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? — La loi en cause est-elle raisonnable et peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251.

e Droit constitutionnel — Compétence — Pouvoirs des cours supérieures et délégation — Les comités de l'avortement thérapeutique exercent-ils les fonctions d'une cour créée en vertu de l'art. 96? — Les dispositions sur l'avortement constituent-elles une délégation irrégulière de la compétence en matière criminelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 96.

h Droit constitutionnel — Charte des droits — Le droit d'appel du procureur général est-il constitutionnel? — Dépens — L'interdiction relative aux dépens est-elle constitutionnelle? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605, 610(3).

i Droit criminel — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement et de procurer un avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement excèdent-elles les pouvoirs du Parlement? — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? — La loi en cause est-elle raisonnable et

Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Criminal law — Juries — Address to jury advising them to ignore law as stated by judge — Counsel wrong.

Appellants, all duly qualified medical practitioners, set up a clinic to perform abortions upon women who had not obtained a certificate from a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital as required by s. 251(4) of the *Criminal Code*. The doctors had made public statements questioning the wisdom of the abortion laws in Canada and asserting that a woman has an unfettered right to choose whether or not an abortion is appropriate in her individual circumstances. Indictments were preferred against the appellants charging that they had conspired with each other with intent to procure abortions contrary to ss. 423(1)(d) and 251(1) of the *Criminal Code*.

Counsel for the appellants moved to quash the indictment or to stay the proceedings before pleas were entered on the grounds that s. 251 of the *Criminal Code* was *ultra vires* the Parliament of Canada, in that it infringed ss. 2(a), 7 and 12 of the *Charter*, and was inconsistent with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge dismissed the motion, and the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal from that decision. The trial proceeded before a judge sitting with a jury, and the three accused were acquitted. The Crown appealed the acquittal and the appellants filed a cross-appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court held that the cross-appeal related to issues already raised in the appeal, and the issues, therefore, were examined as part of the appeal.

The Court stated the following constitutional questions:

1. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique?

Droit criminel — Jury — Exposé au jury lui conseillant d'ignorer les règles de droit énoncées par le juge — a Erreur de l'avocat.

Les appelants sont tous docteurs en médecine; ensemble, ils ont ouvert une clinique pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé requis par le par. 251(4) du *Code criminel*. Les médecins ont fait des déclarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la législation canadienne sur l'avortement et ont affirmé qu'une femme a le droit souverain de décider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle. Des actes d'accusation ont été portés contre les appelants les inculquant de complot, les uns avec les autres, avec l'intention de procurer des avortements, infractions prévues à l'al. 423(1)d) et au par. 251(1) du *Code criminel*.

L'avocat des appelants a demandé l'annulation de l'acte d'accusation ou la suspension des poursuites avant d'inscrire les plaidoyers, pour le motif que l'art. 251 du *Code criminel* excéderait les pouvoirs du Parlement du Canada, enfreindrait l'al. 2a) et les art. 7 et 12 de la *Charte* et entrerait en conflit avec l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge de première instance a rejeté la requête et l'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a aussi été rejeté. Le procès s'est poursuivi devant juge et jury et les trois accusés ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel de l'acquittal et les appelants ont formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquittal et ordonné un nouveau procès. La Cour a jugé que l'appel incident se rapportait à des points déjà soulevés dans l'appel principal et on les a donc étudiés dans le cadre de ce dernier.

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?
4. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
5. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?
6. Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
7. If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Held (McIntyre and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittals restored. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 and the second in the negative as regards s. 7. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the *Criminal Code* and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: Section 7 of the *Charter* requires that the courts review the substance of legislation once the legislation has been determined to infringe an individual's right to "life, liberty and security of the person". Those interests may only be impaired if the principles of fundamental justice are respected. It was sufficient here to investigate whether or not the impugned legislative provisions met the procedural standards of fundamental justice and the Court accordingly did not need to tread the fine line between substantive review and the adjudication of public policy.

State interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitutes a breach of security of the person. Section 251 clearly interferes with a woman's physical and bodily integrity. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference

3. L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?
4. L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
- a 5. L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?
- b 6. L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11(d), 11(f), 11(h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- c 7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11(d), 11(f), 11(h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Arrêt (les juges McIntyre et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du *Code criminel* et ne reçoit aucune réponse en ce qui concerne le par. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: L'article 7 de la *Charte* impose aux tribunaux le devoir d'examiner, au fond, les textes législatifs une fois qu'il a été jugé qu'ils enfreignent le droit de l'individu «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Il ne peut être porté atteinte à ces intérêts que si les principes de justice fondamentale sont respectés. Il suffit en l'espèce d'examiner si les dispositions législatives en cause sont conformes aux normes procédurales de justice fondamentale et il n'est donc pas nécessaire que la Cour touche à l'équilibre fragile entre examen du fond et décision de politiques générales.

L'atteinte que l'État porte à l'intégrité physique et la tension psychologique causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une violation de la sécurité de la personne. L'article 251 constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle d'une femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener le foetus à terme, à moins qu'elle ne remplisse certains critères indépendants

with a woman's body and thus an infringement of security of the person. A second breach of the right to security of the person occurs independently as a result of the delay in obtaining therapeutic abortions caused by the mandatory procedures of s. 251 which results in a higher probability of complications and greater risk. The harm to the psychological integrity of women seeking abortions was also clearly established.

Any infringement of the right to life, liberty and security of the person must comport with the principles of fundamental justice. These principles are to be found in the basic tenets of our legal system. One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory.

The procedure and restrictions stipulated in s. 251 for access to therapeutic abortions make the defence illusory resulting in a failure to comply with the principles of fundamental justice. A therapeutic abortion may be approved by a "therapeutic abortion committee" of an "accredited or approved hospital". The requirement of s. 251(4) that at least four physicians be available at that hospital to authorize and to perform an abortion in practice makes abortions unavailable in many hospitals. The restrictions attaching to the term "accredited" automatically disqualifies many Canadian hospitals from undertaking therapeutic abortions. The provincial approval of a hospital for the purpose of performing therapeutic abortions further restricts the number of hospitals offering this procedure. Even if a hospital is eligible to create a therapeutic abortion committee, there is no requirement in s. 251 that the hospital need do so. Provincial regulation as well can heavily restrict or even deny the practical availability of the exculpatory provisions of s. 251(4).

The administrative system established in s. 251(4) fails to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted. The word "health" is vague and no adequate guidelines have been established for therapeutic abortion committees. It is typically impossible for women to know in advance what standard of health will be applied by any given committee.

The argument that women facing difficulties in obtaining abortions at home can simply travel elsewhere would not be especially troubling if those difficulties

de ses propres priorités et aspirations, est une ingérence profonde à l'égard de son corps et donc une atteinte à la sécurité de sa personne. Une deuxième violation du droit à la sécurité de la personne se produit indépendamment par suite du retard à obtenir un avortement thérapeutique en raison de la procédure imposée par l'art. 251 qui entraîne une augmentation de la probabilité de complications et accroît les risques. Il a été clairement établi que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement.

Toute atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être en accord avec les principes de justice fondamentale. On trouve ces principes dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit pratiquement illusoire.

La procédure et les restrictions établies par l'art. 251 pour avoir droit à un avortement rendent la défense illusoire et reviennent au non-respect des principes de justice fondamentale. Un avortement thérapeutique doit être approuvé par un «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital «accrédité ou approuvé». L'obligation du par. 251(4) qu'au moins quatre médecins soient disponibles dans cet hôpital pour autoriser et pratiquer un avortement, signifie en pratique que beaucoup d'hôpitaux ne peuvent pas pratiquer des avortements. Les restrictions découlant du terme «accrédité» interdisent automatiquement à un grand nombre d'hôpitaux canadiens de pratiquer des avortements thérapeutiques. L'accréditation provinciale d'un hôpital aux fins de pratiquer des avortements thérapeutiques restreint encore plus le nombre d'hôpitaux où on peut les pratiquer. Même si un hôpital est autorisé à former un comité de l'avortement thérapeutique, rien dans l'art. 251 ne l'oblige à le faire. La réglementation provinciale peut fortement limiter et même supprimer le recours en pratique aux dispositions disculpatoires du par. 251(4).

Le système administratif établi par le par. 251(4) n'offre pas de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé. Le terme «santé» est vague et aucunes directives adéquates n'ont été établies pour les comités de l'avortement thérapeutique. Il est, en général, impossible que les femmes sachent à l'avance quelle norme de santé un comité donné appliquera.

L'argument voulant que les femmes qui éprouvent des difficultés à se faire avorter au lieu de leur domicile n'ont qu'à se rendre ailleurs ne serait pas spécialement

were not in large measure created by the procedural requirements of s. 251. The evidence established convincingly that it is the law itself which in many ways prevents access to local therapeutic abortion facilities.

Section 251 cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The objective of s. 251 as a whole, namely to balance the competing interests identified by Parliament, is sufficiently important to pass the first stage of the s. 1 inquiry. The means chosen to advance its legislative objectives, however, are not reasonable or demonstrably justified in a free and democratic society. None of the three elements for assessing the proportionality of means to ends is met. Firstly, the procedures and administrative structures created by s. 251 are often unfair and arbitrary. Moreover, these procedures impair s. 7 rights far more than is necessary because they hold out an illusory defence to many women who would *prima facie* qualify under the exculpatory provisions of s. 251(4). Finally, the effects of the limitation upon the s. 7 rights of many pregnant women are out of proportion to the objective sought to be achieved and may actually defeat the objective of protecting the life and health of women.

Per Beetz and Estey JJ.: Before the advent of the *Charter*, Parliament recognized, in adopting s. 251(4) of the *Criminal Code*, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when "the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health". This standard in s. 251(4) became entrenched at least as a minimum when the "right to life, liberty and security of the person" was enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at s. 7.

"Security of the person" within the meaning of s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a pregnant woman whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, her right to security of the person has been violated.

gênant si ces difficultés ne résultaient pas dans une large mesure des exigences de procédure de l'art. 251. La preuve établit de façon convaincante que c'est la loi elle-même qui, de bien des manières, empêche de s'adresser aux institutions locales offrant l'avortement thérapeutique.

L'article 251 ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. L'objectif de l'art. 251 dans son ensemble, soit d'équilibrer les intérêts en concurrence identifiés par le Parlement, est suffisamment important pour passer le premier stade de l'examen au regard de l'article premier. Les moyens choisis pour mettre en œuvre ces objectifs législatifs ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut se démontrer dans une société libre et démocratique. On ne trouve aucun des trois éléments permettant d'évaluer la proportionnalité des moyens et de la fin. Premièrement, la procédure et les structures administratives instaurées par l'art. 251 sont souvent arbitraires et injustes. En outre, ces procédures portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne fournit qu'une défense illusoire à nombre de femmes qui, *prima facie*, pourraient se prévaloir des dispositions disculpatoires du par. 251(4). Enfin, les effets de la limitation des droits garantis par l'art. 7, pour nombre de femmes enceintes, sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché et peuvent effectivement mettre en échec l'objectif de protection de la vie et de la santé des femmes.

Les juges Beetz et Estey: Avant l'avènement de la *Charte*, le Parlement a reconnu, en adoptant le par. 251(4) du *Code criminel*, que l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus, lorsque «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière». Ce critère du par. 251(4) a été consacré, au moins comme minimum, lorsque le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne» a été enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l'art. 7.

L'expression «sécurité de la personne», au sens de l'art. 7 de la *Charte*, doit inclure le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une femme enceinte dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat, voire aucun traitement, son droit à la sécurité de sa personne a été violé.

According to the evidence, the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* significantly delay pregnant women's access to medical treatment resulting in an additional danger to their health, thereby depriving them of their right to security of the person. This deprivation does not accord with the principles of fundamental justice. While Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion as to the "life or health" of the pregnant woman in order to protect the state interest in the foetus, and while any such statutory mechanism will inevitably result in some delay, certain of the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* are nevertheless manifestly unfair. These requirements are manifestly unfair in that they are unnecessary in respect of Parliament's objectives in establishing the administrative structure and in that they result in additional risks to the health of pregnant women.

The following statutory requirements contribute to the manifest unfairness of the administrative structure imposed by the *Criminal Code*: (1) the requirement that all therapeutic abortions must take place in an "accredited" or "approved" hospital as defined in s. 251(6); (2) the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed; (3) the provision that allows hospital boards to increase the number of members of a committee; (4) the requirement that all physicians who practise lawful therapeutic abortions be excluded from the committees.

The primary objective of s. 251 of the *Criminal Code* is the protection of the foetus. The protection of the life and health of the pregnant woman is an ancillary objective. The primary objective does relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society and which, pursuant to s. 1 of the *Charter*, justify reasonable limits to be put on a woman's right. However, the means chosen in s. 251 are not reasonable and demonstrably justified. The rules unnecessary in respect of the primary and ancillary objectives which they are designed to serve, such as the above-mentioned rules contained in s. 251, cannot be said to be rationally connected to these objectives under s. 1 of the *Charter*. Consequently, s. 251 does not constitute a reasonable limit to the security of the person.

It is not necessary to answer the question concerning the circumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the

D'après la preuve soumise, les exigences procédurales de l'art. 251 du *Code criminel* ont pour effet de retarder considérablement l'obtention par les femmes enceintes d'un traitement médical, ce qui cause un danger additionnel pour leur santé et porte atteinte, par le fait même, à leur droit à la sécurité de leur personne. Cette atteinte n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Quoique le Parlement soit justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, indépendante et fiable relativement à la vie ou à la santé de la femme enceinte pour protéger l'intérêt qu'a l'État à l'égard du fœtus et quoiqu'un tel dispositif législatif entraîne inévitablement des délais, certaines des exigences procédurales de l'art. 251 du *Code criminel* sont néanmoins nettement injustes. Ces exigences sont nettement injustes en ce sens qu'elles sont inutiles au regard des objectifs poursuivis par le Parlement en établissant la structure administrative et qu'elles entraînent des risques additionnels pour la santé des femmes enceintes.

Les exigences législatives suivantes rendent nettement injuste la structure administrative imposée par le *Code criminel*: (1) l'obligation que tous les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» selon la définition du par. 251(6); (2) l'obligation que le comité provienne de l'hôpital accrédité ou approuvé où l'avortement doit être pratiqué; (3) la disposition qui autorise un conseil d'hôpital à augmenter le nombre de membres d'un comité; (4) l'exclusion du sein de ces comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques licites.

L'objectif premier de l'art. 251 du *Code criminel* est la protection du fœtus. La protection de la vie et de la santé de la femme enceinte est un objectif secondaire. L'objectif premier, celui de la protection du fœtus, touche effectivement à des questions qui sont urgentes et importantes dans une société libre et démocratique et qui, conformément à l'article premier de la *Charte*, justifient que des limites raisonnables soient imposées au droit d'une femme. Toutefois, les moyens choisis par l'art. 251 ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut être démontrée. On ne peut dire que les règles inutiles aux fins des objectifs premier et secondaire qu'elles sont censées appuyer, comme les règles susmentionnées de l'art. 251, ont un lien rationnel avec ces objectifs aux termes de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, l'art. 251 ne constitue pas une limite raisonnable à la sécurité de la personne.

Il n'est pas nécessaire de répondre à la question relative aux circonstances dans lesquelles il y a proportionnalité entre les effets de l'art. 251 qui limite le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne et

objective of the protection of the foetus. In any event, the objective of protecting the foetus would not justify the severity of the breach of pregnant women's right to security of the person which would result if the exculpatory provision of s. 251 was completely removed from the *Criminal Code*. However, it is possible that a future enactment by Parliament that would require a higher degree of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful, could achieve a proportionality which would be acceptable under s. 1 of the *Charter*.

Given the conclusion that s. 251 contains rules unnecessary to the protection of the foetus, the question as to whether a foetus is included in the word "everyone" in s. 7, so as to have a right to "life, liberty and security of the person" under the *Charter*, need not be decided.

Section 251 is not colourable provincial legislation in relation to health but rather a proper exercise of Parliament's criminal law power pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The section does not offend s. 96 of the *Constitution Act, 1867* because the therapeutic abortion committees are not given judicial powers which were exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. These committees exercise a medical judgment on a medical question. Finally, s. 251 does not constitute an unlawful delegation of federal legislative power nor does it represent an abdication of the criminal law power by Parliament.

There is no merit in the argument based on s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*. It is unnecessary to decide whether or not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates ss. 7, 11(d), (f), (h) and 15 of the *Charter* or whether this Court has the power to award costs on appeals under s. 24(1) of the *Charter*. Whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

Per Wilson J.: Section 251 of the *Criminal Code*, which limits the pregnant woman's access to abortion, violates her right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter* in a way which does not accord with the principles of fundamental justice.

The right to "liberty" contained in s. 7 guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her pri-

l'objectif de la protection du fœtus. De toute façon, l'objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas la gravité de la violation du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne qui se produirait si la disposition disculpatoire de l'art. 251 était totalement exclue du *Code criminel*. Toutefois, il est possible qu'une loi éventuelle adoptée par le Parlement qui imposerait que la santé soit plus gravement menacée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers mois pour qu'un avortement soit licite, pourrait atteindre un degré de proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Vu la conclusion que l'art. 251 contient des règles inutiles pour la protection du fœtus, il n'est pas nécessaire de décider si un fœtus est visé par le mot «chacun» à l'art. 7 de la *Charte* de façon à avoir le droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» en vertu de la *Charte*.

L'article 251 n'est pas un texte législatif provincial déguisé relatif à la santé, mais il constitue plutôt un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article n'enfreint pas l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'il ne donne pas aux comités de l'avortement thérapeutique les pouvoirs judiciaires que les cours de comté, de district et supérieures exerçaient au moment de la Confédération. Ces comités portent un jugement médical sur une question médicale. Enfin, l'art. 251 ne constitue pas une délégation illégale d'un pouvoir législatif fédéral et ne représente pas non plus une renonciation du Parlement à son pouvoir en matière de droit criminel.

L'argument fondé sur l'al. 605(1)a) du *Code criminel* est mal fondé. Il n'est pas nécessaire de décider si le par. 610(3) du *Code criminel* viole l'art. 7 et les al. 11d), f), h) et l'art. 15 de la *Charte* ni si cette Cour a le pouvoir d'accorder des dépens lors d'un pourvoi en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devraient être accordés en l'espèce.

Le juge Wilson: L'article 251 du *Code criminel*, qui limite le recours d'une femme enceinte à l'avortement, viole son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7 de la *Charte* d'une façon qui n'est pas conforme avec les principes de justice fondamentale.

Le droit à la «liberté» énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie

vate life. Liberty in a free and democratic society does not require the state to approve such decisions but it does require the state to respect them.

A woman's decision to terminate her pregnancy falls within this class of protected decisions. It is one that will have profound psychological, economic and social consequences for her. It is a decision that deeply reflects the way the woman thinks about herself and her relationship to others and to society at large. It is not just a medical decision; it is a profound social and ethical one as well.

Section 251 of the *Criminal Code* takes a personal and private decision away from the woman and gives it to a committee which bases its decision on "criteria entirely unrelated to [the pregnant woman's] own priorities and aspirations".

Section 251 also deprives a pregnant woman of her right to security of the person under s. 7 of the *Charter*. This right protects both the physical and psychological integrity of the individual. Section 251 is more deeply flawed than just subjecting women to considerable emotional stress and unnecessary physical risk. It asserts that the woman's capacity to reproduce is to be subject, not to her own control, but to that of the state. This is a direct interference with the woman's physical "person".

This violation of s. 7 does not accord with either procedural fairness or with the fundamental rights and freedoms laid down elsewhere in the *Charter*. A deprivation of the s. 7 right which has the effect of infringing a right guaranteed elsewhere in the *Charter* cannot be in accordance with the principles of fundamental justice.

The deprivation of the s. 7 right in this case offends freedom of conscience guaranteed in s. 2(a) of the *Charter*. The decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision and in a free and democratic society the conscience of the individual must be paramount to that of the state. Indeed, s. 2(a) makes it clear that this freedom belongs to each of us individually. "Freedom of conscience and religion" should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality and the terms "conscience" and "religion" should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. The state here is endorsing one conscientiously-held view at the expense of another. It is denying freedom of conscience to some, treating them as means to an end, depriving them of their "essential humanity".

privée. La liberté, dans une société libre et démocratique, n'oblige pas l'État à approuver ces décisions, mais elle l'oblige cependant à les respecter.

La décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique.

L'article 251 du *Code criminel* enlève une décision personnelle et privée à la femme pour la confier à un comité qui fonde sa décision sur "des critères totalement sans rapport avec ses [celles de la femme enceinte] propres priorités et aspirations".

L'article 251 prive également une femme enceinte du droit à la «sécurité de sa personne» garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne. Le défaut de l'art. 251 est beaucoup plus profond qu'un simple assujettissement des femmes à une tension émotionnelle considérable et à un risque physique inutile. Il affirme que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle, mais à celui de l'État. C'est aussi une atteinte directe à sa «personne» physique.

Cette violation du droit conféré par l'art. 7 n'est conforme ni à l'équité dans la procédure ni aux droits et libertés fondamentaux énoncés par ailleurs dans la *Charte*. Une atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par ailleurs la *Charte* ne peut être conforme aux principes de justice fondamentale.

L'atteinte au droit conféré par l'art. 7 en l'espèce enfreint la liberté de conscience garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. La décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale et, dans une société libre et démocratique, la conscience de l'individu doit primer sur celle de l'État. D'ailleurs l'al. 2a) dit clairement que cette liberté appartient à chacun de nous pris individuellement. La «liberté de conscience et de religion» devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque et les termes «conscience» et «religion» ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. L'État épouse en l'espèce une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. Il nie la liberté de conscience à certains, en les traitant comme un moyen pour une fin, en les privant de «l'essence de leur humanité».

The primary objective of the impugned legislation is the protection of the foetus. This is a perfectly valid legislative objective. It has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of the pregnant woman and the maintenance of proper medical standards.

The situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and some statutory control may be appropriate. Section 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put upon the woman's right having regard to the fact of the developing foetus within her body.

The value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation. The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place between these two extremes and it has a direct bearing on the value of the foetus as potential life. Accordingly, the foetus should be viewed in differential and developmental terms. This view of the foetus supports a permissive approach to abortion in the early stages where the woman's autonomy would be absolute and a restrictive approach in the later stages where the states's interest in protecting the foetus would justify its prescribing conditions. The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" should be left to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive submissions on the subject from all the relevant disciplines.

Section 251 of the *Criminal Code* cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. It takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy and completely denies, as opposed to limits, her right under s. 7. Section 251 cannot meet the proportionality test; it is not sufficiently tailored to the objective; it does not impair the woman's right "as little as possible". Accordingly, even if s. 251 were to be amended to remedy the procedural defects in the legislative scheme, it would still not be constitutionally valid.

The question whether a foetus is covered by the word "everyone" in s. 7 so as to have an independent right to life under that section was not dealt with.

Per McIntyre and La Forest JJ. (dissenting): Save for the provisions of the *Criminal Code* permitting abortion where the life or health of the woman is at risk, no right of abortion can be found in Canadian law, custom or tradition and the *Charter*, including s. 7, does not create

L'objectif premier de la loi contestée est la protection du fœtus. C'est un objectif législatif parfaitement valide. Elle a d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte et le maintien de normes médicales appropriées.

La situation en ce qui a trait au droit d'une femme d'être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut être approprié. L'article premier de la *Charte* permet de fixer des limites raisonnables au droit de la femme compte tenu du fœtus qui se développe dans son corps.

La valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et il influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. On devrait donc considérer le fœtus en termes de développement et de phases. Cette conception du fœtus appuie une approche permissive de l'avortement dans les premiers stades de la grossesse, où l'autonomie de la femme serait absolue, et une approche restrictive dans les derniers stades, où l'intérêt qu'a l'État de protéger le fœtus justifierait l'imposition de conditions. Le point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur" relève du jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes.

L'article 251 du *Code criminel* ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. Il enlève la décision à la femme à tous les stades de la grossesse et nie complètement au lieu de simplement limiter son droit garanti par l'art. 7. L'article 251 ne saurait répondre aux critères de la proportionnalité: il n'est pas suffisamment adapté à l'objectif et ne porte pas «le moins possible» atteinte au droit de la femme. Par conséquent, même si l'art. 251 devait être modifié pour remédier aux vices de procédure de la structure législative, il demeurerait inconstitutionnel.

La question de savoir si le terme «chacun», à l'art. 7, vise aussi le fœtus et lui confère un droit indépendant à la vie en vertu de cet article n'a pas été traitée.

Les juges McIntyre et La Forest (dissidents): À part les dispositions du *Code criminel* qui autorisent l'avortement lorsque la vie ou la santé de la femme est en danger, il n'existe aucun droit à l'avortement en droit canadien ou selon la coutume ou la tradition canadien-

such a right. Section 251 of the *Criminal Code* accordingly does not violate s. 7 of the *Charter*.

The power of judicial review of legislation, although given greater scope under the *Charter*, is not unlimited. The courts must confine themselves to such democratic values as are clearly expressed in the *Charter* and refrain from imposing or creating rights with no identifiable base in the *Charter*. The Court is not entitled to define a right in a manner unrelated to the interest that the right in question was meant to protect.

The infringement of a right such as the right to security of the person will occur only when legislation goes beyond interfering with priorities and aspirations and abridges rights included in or protected by the concept. The proposition that women enjoy a constitutional right to have an abortion is devoid of support in either the language, structure or history of the constitutional text, in constitutional tradition, or in the history, traditions or underlying philosophies of our society.

Historically, there has always been a clear recognition of a public interest in the protection of the unborn and there is no evidence or indication of general acceptance of the concept of abortion at will in our society. The interpretive approach to the *Charter* adopted by this Court affords no support for the entrenchment of a constitutional right of abortion.

As to the asserted right to be free from state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, an invasion of the s. 7 right of security of the person, there would have to be more than state-imposed stress or strain. A breach of the right would have to be based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection. This would be limited to cases where the state-action complained of, in addition to imposing stress and strain, also infringed another right, freedom or interest which was deserving of protection under the concept of security of the person. Abortion is not such an interest. Even if a general right to have an abortion could be found under s. 7, the extent to which such right could be said to be infringed by the requirements of s. 251 of the *Code* was not clearly shown.

A defence created by Parliament could only be said to be illusory or practically so when the defence is not available in the circumstances in which it is held out as

nes, et la *Charte*, y compris l'art. 7, ne crée pas un tel droit. L'article 251 du *Code criminel* ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur les lois, qui a pris de l'envergure aux termes de la *Charte*, n'est pas illimité. Les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la *Charte* et s'abstenir d'imposer ou de créer des droits sans fondement identifiable dans la *Charte*. La Cour ne peut définir un droit d'une façon qui n'a aucun rapport avec l'intérêt que le droit en question est destiné à protéger.

L'atteinte à un droit comme le droit à la sécurité de la personne se produira seulement lorsque la loi va au-delà de l'ingérence dans les priorités et aspirations et restreint des droits compris et protégés par cette notion. La proposition selon laquelle les femmes jouissent d'un droit constitutionnel à l'avortement ne trouve aucun appui dans le texte, la structure ou l'historique du texte constitutionnel ni dans la tradition constitutionnelle ou l'histoire, les traditions et les philosophies sous-jacentes dans notre société.

Historiquement, l'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés a toujours été clairement reconnue et rien ne prouve ni n'indique que le concept de l'avortement à volonté soit généralement accepté dans notre société. La façon d'interpréter la *Charte* adoptée par cette Cour ne justifie aucunement l'enchéassement d'un droit constitutionnel à l'avortement.

Pour ce qui de la revendication d'un droit à la protection contre toute atteinte de l'État à l'intégrité physique et contre toute tension psychologique causée par l'État, une atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 nécessite plus que des tensions ou de l'anxiété causées par l'État. Une violation de ce droit doit dépendre d'une atteinte à un intérêt dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle. Cette violation se limite aux cas où l'action de l'État dont on se plaint a, en plus d'engendrer des tensions et de l'anxiété, porté également atteinte à un autre droit, à une autre liberté ou à un autre intérêt qui mérite d'être protégé selon le concept de la sécurité de la personne. L'avortement ne constitue pas un tel intérêt. Même s'il était possible de conclure à l'existence d'un droit général à l'avortement en vertu de l'art. 7, on n'a pas démontré clairement la mesure dans laquelle on pourrait dire que les exigences de l'art. 251 du *Code* peuvent porter atteinte à ce droit.

Un moyen de défense créé par le Parlement n'est illusoire ou pratiquement illusoire que lorsqu'on ne peut pas y recourir dans les circonstances où l'on a dit qu'il

being available. The very nature of the test assumes that Parliament is to define the defence and, in so doing, designate the terms upon which it may be available. The allegation of procedural unfairness is not supported by the claim that many women wanting abortions have been unable to get them in Canada because the failure of s. 251(4) to respond to this need. This machinery was considered adequate to deal with the type of abortion Parliament had envisaged. Any inefficiency in the administrative scheme is caused principally by forces external to the statute — the general demand for abortion irrespective of the provisions of s. 251. A court cannot strike down a statutory provision on this basis.

Section 605(1)(a), which gives the Crown a right of appeal against an acquittal in a trial court on any ground involving a question of law alone, does not offend ss. 7, 11(d), (f) and (h) of the *Charter*. The words of s. 11(h), “if finally acquitted” and “if finally found guilty”, must be construed to mean after the appellate procedures have been completed, otherwise there would be no point or meaning in the word “finally”.

Section 251 did not infringe the equality rights of women, abridge freedom of religion, or inflict cruel or unusual punishment. The section was not in pith and substance legislation for the protection of health and therefore within provincial competence but rather was validly enacted under the federal criminal law power. There was no merit to the arguments that s. 251 purported to give powers to therapeutic abortion committees exercised by county, district, and superior courts at the time of Confederation or that it delegated powers relating to criminal law to the provinces generally. No evidence supported the defence of necessity.

Per Curiam: In a trial before judge and jury, the judge's role is to state the law and the jury's role is to apply that law to the facts of the case. To encourage a jury to ignore a law it does not like could not only lead to gross inequities but could also irresponsibly disturb the balance of the criminal law system. It was quite simply wrong to say to the jury that if they did not like the law they need not enforce it. Such practice, if commonly adopted, would undermine and place at risk the whole jury system.

était possible de le faire. De par sa nature même, ce critère sous-entend que c'est au Parlement qu'il incombe de définir le moyen de défense et, ce faisant, de préciser les conditions à remplir pour pouvoir l'invoquer. L'allégation de l'inéquité dans la procédure n'est pas justifiée par la prétention qu'un bon nombre de femmes désireuses d'obtenir un avortement n'ont pas pu l'obtenir au Canada parce que le par. 251(4) ne répond pas à ce besoin. Ce mécanisme a été considéré comme suffisant pour traiter le type d'avortement envisagé par le Parlement. L'inefficacité du régime administratif est principalement due à des facteurs étrangers à la loi, savoir la demande générale d'avortements en dépit des dispositions de l'art. 251. Un tribunal ne peut, pour ce motif, invalider une disposition législative.

L'alinéa 605(1)a, qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquiescement prononcé en première instance pour tout motif comportant une question de droit seulement n'est pas contraire à l'art. 7 et aux al. 11d), f) et h) de la *Charte*. Les expressions «définitivement acquitté» et «définitivement déclaré coupable» employées à l'al. 11h) doivent s'interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d'appel sont terminées, sinon le mot «définitivement» serait inutile ou dénué de tout sens.

L'article 251 du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits des femmes à l'égalité, ni à la liberté de religion et n'inflige pas non plus une peine cruelle et inusitée. L'article ne vise pas, de par son caractère véritable, la santé, relèvent donc de la compétence provinciale, mais il a été validement adopté en vertu de la compétence fédérale en matière criminelle. Les arguments voulant que l'art. 251 ait pour effet d'investir les comités de l'avortement thérapeutique de pouvoirs exercés, à l'époque de la Confédération, par les cours de comté et de district et les cours supérieures et qu'il délègue aux provinces en général des pouvoirs en matière de droit criminel sont mal fondés. Aucun élément de preuve ne justifie le moyen de défense de nécessité.

La Cour: Au cours d'un procès devant juge et jury, le rôle du juge est d'énoncer les règles de droit, et le rôle du jury de l'appliquer aux faits de l'espèce. Encourager le jury à ignorer une règle de droit qu'il n'aime pas pourrait non seulement entraîner de graves inéquités, mais pourrait aussi perturber de façon irresponsable l'équilibre du système de justice criminelle. Il était absolument erroné de dire au jury que, s'il n'aime pas la règle de droit, il n'a pas besoin de l'appliquer. Une telle pratique, communément adoptée, minerait et mettrait en danger tout le système des procès par jury.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Referred to: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R.; *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972).

By Beetz J.

Considered: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971); **referred to:** *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218, rev'd [1985] 1 F.C. 124; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.

By Wilson J.

Referred to: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986); *Mills v. The Queen*, [1986] 1

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts mentionnés: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R.; *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, traduit en anglais et réédité à (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972).

Citée par le juge Beetz

Arrêts examinés: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971); **arrêts mentionnés:** *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Collin c. Lussier*, [1985] 1 C.F. 124, infirmant [1983] 1 C.F. 218; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986); *Mills*

S.C.R. 863; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

By McIntyre J. (dissenting)

Morgentaler v. The Queen, [1976] 1 S.C.R. 616; *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963); *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976); *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7.

Statutes and Regulations Cited

Abortion Act, 1967, 1967, c. 87, s. 1(1)(a) (U.K.)
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(a), (b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (d), 7, 11(b), (d), (f), (h), 12, 15, 24(1), 27, 28.
Civil Code of Lower Canada, art. 19.
Code de la santé publique, art. 162-1, 162-12 (France).
Code pénal, art. 317 (France).
Code pénal suisse, art. 120(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), 96.
Constitution Act, 1982, Preamble, s. 52(1).
Crimes Act 1961, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(1)(a), (4) (New Zealand).
Criminal Code, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), ss. 218a(1), 219 (Federal Republic of Germany).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 251(1), (2), (3)(a), (b), (c), (4)(a), (b), (c), (d), (5)(a), (b), (6), (7), 423(1)(d), 605(1)(a), 610(3).
Criminal Law Amendment Act, 1968-69, S.C. 1968-69, c. 38, s. 18.
Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975, s. 82a(1)(a) (South Australia).
Criminal Law Consolidation Act and Ordinance, s. 79 A(3)(a) (Australian Northern Territory).
O. Reg. 248/70, now R.R.O. 1980, Reg. 865, under *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, c. 322.
Penal Law, 5737-1977 (as amended), ss. 315, 316(a)(4) (Israel).
United States Constitution, 14th and 15th Amendments.

c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

a Citée par le juge McIntyre (dissident)

Morgentaler c. La Reine, [1976] 1 R.C.S. 616; *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963); *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976); *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); *Hoffman Estates v. The Flipside Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7.

d

Lois et règlements cités

Abortion Act, 1967, 1967, chap. 87, art. 1(1)a) (R.-U.)
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), d), 7, 11b), d), f), h), 12, 15, 24(1), 27, 28.
Code civil du Bas-Canada, art. 19.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251(1), (2), (3)a), b), c), (4)a), b), c), d), (5)a), b), (6), (7), 423(1)d), 605(1)a), 610(3).
Code de la santé publique, art. 162-1, 162-12 (France).
Code pénal, art. 317 (France).
Code pénal suisse, art. 120(1).
Constitution des États-Unis, 14^e et 15^e amendements.
Crimes Act 1961, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, art. 187A(1)a), (4) (Nouvelle-Zélande).
Criminal Code, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), art. 218a(1), 219 (République fédérale de l'Allemagne).
Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975, art. 82a(1)a) (Australie-Méridionale).
Criminal Law Consolidation Act and Ordinance, art. 79 A(3)a) (Territoire du Nord de l'Australie).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1a), b).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), 96.
Loi constitutionnelle de 1982, préambule, art. 52(1).
Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, S.C. 1968-69, chap. 38, art. 18.
O. Reg. 248/70, maintenant R.R.O. 1980, Reg. 865, en vertu de *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, chap. 322.
Penal Law, 5737-1977 (modifiée), art. 315, 316a)(4) (Israël).

Authors Cited

- Burrows, Noreen. "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights". In Tom Campbell, et al., eds., *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.
- Canada. Department of Justice. *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services, 1977.
- Canada. Law Reform Commission. Fetal Status Working Group Protection of Life Project. *Options for Abortion Policy Reform: A Consultation Document*. Ottawa: (unpublished), 1986.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: Law Reform Commission, 1980.
- Canada. Statistics Canada. *Basic Facts on Therapeutic Abortions, Canada: 1982*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1983.
- Canada. Statistics Canada. *Therapeutic abortions, 1982*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1984.
- Canada. Statistics Canada. *Therapeutic abortions, 1985*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1986.
- Cates, Willard, Jr. and David A. Grimes. "Deaths from Second Trimester Abortion by Dilatation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities" (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401.
- Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Abortion Laws in Commonwealth Countries*. Granchamp, France: World Health Organization, 1979.
- Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982*. London: Commonwealth Secretariat, 1983.
- Garant, Patrice. "Fundamental Freedoms and Natural Justice." In *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Edited by Walter S. Tarnopolsky and Gerald-A. Beaudoin. Toronto: Carswells, 1982.
- Isaacs, Natalie Fochs. "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T* 27.
- Isaacs, Stephen L. "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311.
- Joad, C. E. M. *Guide to the Philosophy of Morals and Politics*. London: Victor Gollancz Ltd., 1938.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Macdonald, R. "Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law", 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987).
- Ontario. Ministry of Health. *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (Powell Report). Toronto: Ministry of Health, 1987.
- Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American

Doctrine citée

- Burrows, Noreen. «International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights». In Tom Campbell, et al., eds., *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980.
- Canada. Commission de réforme du droit. Groupe de travail sur le statut juridique du fœtus. *La réforme en matière d'avortement: les solutions possibles*. Ottawa: (inédit), 1986.
- Canada. Ministère de la Justice. *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (le rapport Badgley). Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, 1977.
- Canada. Statistique Canada. *Avortements thérapeutiques, 1982*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, 1984.
- Canada. Statistique Canada. *Avortements thérapeutiques, 1985*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, 1986.
- Canada. Statistique Canada. *Principales statistiques sur les avortements thérapeutiques, Canada: 1982*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, 1983.
- Cates, Willard, Jr. and David A. Grimes. «Deaths from Second Trimester Abortion by Dilatation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities» (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401.
- Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982*. London: Commonwealth Secretariat, 1983.
- Cook, Rebecca J. et Bernard M. Dickens. *La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth*. Granchamp, France: Organisation mondiale de la santé, 1979.
- Garant, Patrice. "Libertés fondamentales et justice naturelle (article 7)". Dans *Charte canadienne des droits et libertés*. Édité par Walter S. Tarnopolsky et Gerald-A. Beaudoin. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.
- Isaacs, Natalie Fochs. "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T* 27.
- Isaacs, Stephen L. «Reproductive Rights 1983: An International Survey» (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311.
- Joad, C. E. M. *Guide to the Philosophy of Morals and Politics*. London: Victor Gollancz Ltd., 1938.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Macdonald, R. «Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law», 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987).
- Ontario. Ministry of Health. *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario*. Toronto: Ministry of Health, 1987.

- Convention on Human Rights," Doc. 65 (English) Rev. 1 Corr. 2, January 7, 1970. Original: Spanish. OAS Official Records, OEA/Ser.K/xvi/1.1 (English).
- Sumner, L. W. *Abortion and Moral Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1981.
- Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*.^a Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.
- Tyler, Carl W., Jr. et al. "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William F. Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*. Boston: PSG Pub. Co., 1981.
- Whyte, John D. "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man L.J.* 455.
- Abortion Services in Ontario* (Powell Report). Toronto: Ministry of Health, 1987.
- Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American Convention on Human Rights," Doc. 65 (English) Rev. 1 Corr. 2, January 7, 1970. Original: Spanish. OAS Official Records, OEA/Ser.K/xvi/1.1 (English).
- Sumner, L. W. *Abortion and Moral Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1981.
- Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.
- Tyler, Carl W., Jr. et al. "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William F. Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*. Boston: PSG Pub. Co., 1981.
- Whyte, John D. "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 455.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 52 O.R. (2d) 353, 22 D.L.R. (4th) 641, 22 C.C.C. (3d) 353, 48 C.R. (3d) 1, 17 C.R.R. 223, setting aside an acquittal found by Parker A.C.J.H.C. sitting with jury (1984), 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502, 14 C.C.C. (3d) 258, 41 C.R. (3d) 193, 11 C.R.R. 116. Appeal allowed and acquittals restored, McIntyre and La Forest JJ. dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 and the second in the negative as regards s. 7. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the *Criminal Code* and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

Morris Manning, Q.C., and *Paul B. Schabas*, for the appellants.

Bonnie J. Wien and *W. James Blacklock*, for the respondent.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Marilyn Doering Steffen*, for the intervener.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 52 O.R. (2d) 353, 22 D.L.R. (4th) 641, 22 C.C.C. (3d) 353, 48 C.R. (3d) 1, 17 C.R.R. 223, qui a infirmé un acquittement prononcé par le juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour siégeant avec jury (1984), 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502, 14 C.C.C. (3d) 258, 41 C.R. (3d) 193, 11 C.R.R. 116. Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis; les juges McIntyre et La Forest sont dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du *Code criminel* et aucune réponse en ce qui concerne l'art. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

Morris Manning, c.r., et *Paul B. Schabas*, pour les appelants.

Bonnie J. Wien et *W. James Blacklock*, pour l'intimée.

^j *Edward R. Sojonky, c.r.*, et *Marilyn Doering Steffen*, pour l'intervenant.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue raised by this appeal is whether the abortion provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe 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” as formulated in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants, Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Frank Smoling and Dr. Robert Scott, have raised thirteen distinct grounds of appeal. During oral submissions, however, it became apparent that the primary focus of the case was upon the s. 7 argument. It is submitted by the appellants that s. 251 of the *Criminal Code* contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 251 should be struck down. Counsel for the Crown admitted during the course of her submissions that s. 7 of the *Charter* was indeed “the key” to the entire appeal. As for the remaining grounds of appeal, only a few brief comments are necessary. First of all, I agree with the disposition made by the Court of Appeal of the non-*Charter* issues, many of which have already been adequately dealt with in earlier cases by this Court. I am also of the view that the arguments concerning the alleged invalidity of s. 605 under ss. 7 and 11 of the *Charter* are unfounded. In view of my resolution of the s. 7 issue, it will not be necessary for me to address the appellants’ other *Charter* arguments and I expressly refrain from commenting upon their merits.

During argument before this Court, counsel for the Crown emphasized repeatedly that it is not the role of the judiciary in Canada to evaluate the wisdom of legislation enacted by our democratically elected representatives, or to second-guess difficult policy choices that confront all governments. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 671, [hereinafter “*Morgentaler (1975)*”] I stressed that the Court had “not been called upon to decide, or even to enter, the loud and continuous public debate on abortion.” Eleven years later, the controversy persists, and it remains

Version française du jugement du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi vise principalement à déterminer si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, sur l’avortement enfreignent le «droit [de chacun] à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», vu qu’il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale», selon la formulation de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les appelants, le D^r Henry Morgentaler, le D^r Leslie Frank Smoling et le D^r Robert Scott, font valoir treize moyens distincts de pourvoi. Au cours des plaidoiries cependant, il est devenu apparent que le litige portait surtout sur l’argument tiré de l’art. 7. Les appelants soutiennent que l’art. 251 du *Code criminel*, contrevient à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu’il doit être invalidé. Le substitut du procureur général a reconnu, au cours de sa plaidoirie, que l’art. 7 de la *Charte* était bel et bien «la clé» de tout le pourvoi. Quant aux moyens d’appel restant, il me suffit de faire un bref commentaire. Premièrement, je suis d’accord avec les solutions apportées par la Cour d’appel aux questions en litige ne relevant pas de la *Charte* dont plusieurs ont déjà fait l’objet de décisions de cette Cour. Je suis également d’avis que les arguments relatifs à la prétendue invalidité de l’art. 605 en vertu des art. 7 et 11 de la *Charte* sont mal fondés. Vu la solution que j’apporte à la question soulevée par l’art. 7, il ne me sera pas nécessaire de statuer sur les autres arguments des appelants relatifs à la *Charte* et je m’abstiens donc expressément de me prononcer sur leur fondement.

Au cours des plaidoiries devant nous, le substitut du procureur général a rappelé à plusieurs reprises que le pouvoir judiciaire au Canada n’a pas comme rôle d’évaluer la sagesse des lois édictées par nos députés élus démocratiquement, ni de réinterpréter les choix difficiles de politique auxquels tous les gouvernements sont confrontés. Dans l’arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 671, [ci-après l’arrêt «*Morgentaler (1975)*»] j’ai souligné que la Cour “n’est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l’avortement”. Onze

true that this Court cannot presume to resolve all of the competing claims advanced in vigorous and healthy public debate. Courts and legislators in other democratic societies have reached completely contradictory decisions when asked to weigh the competing values relevant to the abortion question. See, e.g., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. (European Court of Human Rights); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; and the *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87 (U.K.)

But since 1975, and the first *Morgentaler* decision, the Court has been given added responsibilities. I stated in *Morgentaler* (1975), at p. 671, that:

The values we must accept for the purposes of this appeal are those expressed by Parliament which holds the view that the desire of a woman to be relieved of her pregnancy is not, of itself, justification for performing an abortion.

Although no doubt it is still fair to say that courts are not the appropriate forum for articulating complex and controversial programmes of public policy, Canadian courts are now charged with the crucial obligation of ensuring that the legislative initiatives pursued by our Parliament and legislatures conform to the democratic values expressed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As Justice McIntyre states in his reasons for judgment, at p. 138, "the task of the Court in this case is not to solve nor seek to solve what might be called the abortion issue, but simply to measure the content of s. 251 against the *Charter*." It is in this latter sense that the current *Morgentaler* appeal differs from the one we heard a decade ago.

I

The Court stated the following constitutional questions:

ans plus tard, la controverse fait toujours rage et il est tout aussi vrai que la Cour ne saurait prétendre concilier toutes les allégations contradictoires avancées dans le vigoureux et sain débat public ainsi suscité. Tant les tribunaux que les législateurs, dans d'autres sociétés démocratiques, sont arrivés à des décisions entièrement contradictoires lorsqu'il leur a été demandé de soulever les valeurs que la question de l'avortement oppose. Voir, p. ex., l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); l'arrêt *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R. (Cour européenne des droits de l'homme); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, 25 février 1975, traduit en anglais et réédité dans (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; et l'*Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87 (R.-U.)

^d Mais depuis 1975, et le premier arrêt *Morgentaler*, la Cour s'est vue confier des responsabilités additionnelles. Je disais dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), à la p. 671:

^e Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement, qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne justifie pas en soi l'avortement.

^f Quoiqu'on puisse toujours sans aucun doute affirmer que les tribunaux ne sont pas le lieu où doivent s'élaborer les politiques générales complexes et controversées, les tribunaux canadiens se voient néanmoins confier aujourd'hui l'obligation cruciale de veiller à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et libertés*.
^g Comme le dit le juge McIntyre dans ses motifs, à la p. 138 "notre tâche en l'espèce consiste non pas à résoudre ni à tenter de résoudre ce qu'on pourrait appeler la question de l'avortement, mais simplement à examiner le contenu de l'art. 251 en fonction de la *Charte*." C'est en ce dernier sens que le présent pourvoi diffère de celui dont nous étions saisis voici une décennie.

I

^j La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?
4. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
5. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?
6. Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
7. If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The Attorney General of Canada intervened to support the respondent Crown.

II

Relevant Statutory and Constitutional Provisions

Criminal Code

251. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

1. L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?
4. L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
5. L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?
6. L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le procureur général du Canada est intervenu en faveur du ministère public intimé.

II

Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Code criminel

251. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

(a) the administration of a drug or other noxious thing,

(b) the use of an instrument, and

(c) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

(b) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (a) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage,

if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(5) The Minister of Health of a province may by order

(a) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(c) issued, by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or

(b) require a medical practitioner who, in that province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(c), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

“accredited hospital” means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation

a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,

b) l'emploi d'un instrument, et

c) toute manipulation.

a (4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou

b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

f (5) Le ministre de la Santé d'une province peut, par ordonnance,

a) requérir un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un membre de ce comité, de lui fournir une copie d'un certificat mentionné à l'alinéa (4)c) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet des circonstances entourant l'émission de ce certificat, ou

b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l'avortement d'une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l'alinéa (4)c), de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet de l'obtention de l'avortement.

i (6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et

in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;

“approved hospital” means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;

“board” means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;

“Minister of Health” means

(a) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,

(a.1) in the Province of Alberta, the Minister of Hospitals and Medical Care,

(b) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,

(c) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and

(d) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;

“qualified medical practitioner” means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;

“therapeutic abortion committee” for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

The Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject

décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

«conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d'administration ou les *trustees*, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d'un hôpital accrédité ou approuvé;

«hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;

«hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;

«médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l'hôpital mentionné au paragraphe (4);

«ministre de la Santé» désigne

a) dans la province d'Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé;

a.1) dans la province d'Alberta, le ministre de la Santé (hôpitaux et assurance-maladie);

b) dans la province de Colombie-Britannique, le ministre des Services de santé et de l'assurance-hospitalisation,

c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,

d) dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu'en vertu de la présente loi, avant l'emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin.

La Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent

only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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.

^a 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.

^b

III

Procedural History

The three appellants are all duly qualified medical practitioners who together set up a clinic in Toronto to perform abortions upon women who had not obtained a certificate from a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital as required by s. 251(4). The doctors had made public statements questioning the wisdom of the abortion laws in Canada and asserting that a woman has an unfettered right to choose whether or not an abortion is appropriate in her individual circumstances.

Indictments were preferred against the appellants charging that they conspired with each other between November 1982 and July 1983 with intent to procure the miscarriage of female persons, using an induced suction technique to carry out that intent, contrary to s. 423(1)(d) and s. 251(1) of the *Criminal Code*.

Counsel for the appellants moved to quash the indictment or to stay the proceedings before pleas were entered on the grounds that s. 251 of the *Criminal Code* was *ultra vires* the Parliament of Canada, infringed ss. 2(a), 7 and 12 of the *Charter*, and was inconsistent with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge, Parker A.C.J.H.C., dismissed the motion, and an appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. The trial proceeded before Parker A.C.J.H.C. and a jury, and the three accused were acquitted. The Crown appealed the acquittal to the Court of

III

^c La procédure

Les trois appelants sont des médecins dûment qualifiés; ensemble, ils ont ouvert une clinique, à Toronto, pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé requis par le par. 251(4). Les médecins ont fait des déclarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la législation canadienne sur l'avortement et ont affirmé qu'une femme a le droit souverain de décider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle.

^f Des actes d'accusation en bonne et due forme inculpent les appelants d'avoir comploté, les uns avec les autres, entre novembre 1982 et juillet 1983, avec l'intention de provoquer l'avortement de personnes du sexe féminin, en employant la technique de l'aspiration pour réaliser cette intention, infractions prévues à l'al. 423(1)d) et au par. 251(1) du *Code criminel*.

^h L'avocat des appelants a demandé l'annulation de l'acte d'accusation ou la suspension des poursuites avant même d'inscrire les plaidoyers, pour le motif que l'art. 251 du *Code criminel* excéderait les pouvoirs du Parlement du Canada, enfreindrait l'al. 2a) et les art. 7 et 12 de la *Charte* et entrerait en conflit avec l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge de première instance, le juge Parker, juge en chef adjoint de la Haute Cour, a rejeté la requête et l'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a aussi été rejeté. Le procès s'est poursuivi devant le juge Parker et un

Appeal and the appellants filed a cross-appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the verdict of acquittal and ordered a new trial. The Court held that the cross-appeal related to issues already raised in the appeal, and the issues were therefore examined as part of the appeal.

jury et les trois accusés ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement à la Cour d'appel et les appelants ont formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquittement et ordonné un nouveau procès. La Cour a jugé que l'appel incident se rapportait à des points déjà soulevés par l'appel principal, qui ont donc été étudiés dans le cadre de ce dernier.

IV

Section 7 of the Charter

In his submissions, counsel for the appellants argued that the Court should recognize a very wide ambit for the rights protected under s. 7 of the *Charter*. Basing his argument largely on American constitutional theories and authorities, Mr. Manning submitted that the right to "life, liberty and security of the person" is a wide-ranging right to control one's own life and to promote one's individual autonomy. The right would therefore include a right to privacy and a right to make unfettered decisions about one's own life.

In my opinion, it is neither necessary nor wise in this appeal to explore the broadest implications of s. 7 as counsel would wish us to do. I prefer to rest my conclusions on a narrower analysis than that put forward on behalf of the appellants. I do not think it would be appropriate to attempt an all-encompassing explication of so important a provision as s. 7 so early in the history of *Charter* interpretation. The Court should be presented with a wide variety of claims and factual situations before articulating the full range of s. 7 rights. I will therefore limit my comments to some interpretive principles already set down by the Court and to an analysis of only two aspects of s. 7, the right to "security of the person" and "the principles of fundamental justice".

A. *Interpreting s. 7*

The goal of *Charter* interpretation is to secure for all people "the full benefit of the *Charter's* protection": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. To attain that goal, this

IV

L'article 7 de la Charte

Selon la thèse de l'avocat des appelants, la Cour devrait accorder une portée très large aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Se fondant largement sur la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles américaines, M^e Manning a fait valoir que le droit de chacun à «la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» est un droit très large d'assumer sa destinée et de promouvoir son autonomie individuelle. Ce droit inclurait donc le droit à la vie privée et celui de décider souverainement de tout ce qui touche à sa vie personnelle.

À mon avis, il n'est ni nécessaire ni sage, dans le cadre de ce pourvoi, d'explorer les répercussions les plus larges que pourrait avoir l'art. 7, comme l'avocat le voudrait. Je préfère fonder mes conclusions sur une analyse plus étroite que celle avancée au nom des appelants. Je ne pense pas qu'il soit opportun de tenter d'arriver à une explication exhaustive d'une disposition aussi importante que l'art. 7 si tôt dans l'histoire de l'interprétation de la *Charte*. La Cour devra être saisie d'un large éventail d'espèces avant de pouvoir brosser un tableau complet des droits visés par l'art. 7. Je limiterai donc mes commentaires à certains principes interprétatifs déjà énoncés par la Cour et à une analyse de seulement deux aspects de l'art. 7, le droit de chacun à «la sécurité de sa personne» et «les principes de justice fondamentale».

A. *L'interprétation de l'art. 7*

L'interprétation de la *Charte* doit viser à faire en sorte que tous «bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344.

Court has held consistently that the proper technique for the interpretation of *Charter* provisions is to pursue a “purposive” analysis of the right guaranteed. A right recognized in the *Charter* is “to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect”: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344. (See also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; and *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.)

In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 204, Justice Wilson emphasized that there are three distinct elements to the s. 7 right, that “life, liberty, and security of the person” are independent interests, each of which must be given independent significance by the Court (p. 205). This interpretation was adopted by a majority of the Court, *per* Justice Lamer, in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500. It is therefore possible to treat only one aspect of the first part of s. 7 before determining whether any infringement of that interest accords with the principles of fundamental justice. (See *Singh, Re B.C. Motor Vehicle Act*, and *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.)

With respect to the second part of s. 7, in early academic commentary one of the principal concerns was whether the reference to “principles of fundamental justice” enables the courts to review the substance of legislation. (See, e.g., Whyte, “Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter” (1983), 13 *Man. L.J.* 455, and Garant, “Fundamental Freedoms and Natural Justice” in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982).) In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, Lamer J. noted at p. 497 that any attempt to draw a sharp line between procedure and substance would be ill-conceived. He suggested further that it would not be beneficial in Canada to allow a debate which is rooted in United States constitutional dilemmas to shape our interpretation of s. 7 (p. 498):

Pour atteindre ce but, il faut recourir, selon la jurisprudence constante de la Cour, à la technique d'interprétation des dispositions de la *Charte* qui consiste à procéder à une analyse de «l'objet visé» par le droit garanti. Les droits reconnus par la *Charte* doivent “en d'autres termes . . . s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger”: l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344. (Voir aussi les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 et *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.)

Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 204, le juge Wilson souligne que le droit conféré par l'art. 7 comporte trois éléments distincts, que «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne» sont trois intérêts indépendants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens indépendant (à la p. 205). La Cour, à la majorité, a adopté cette interprétation, voir le juge Lamer, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500. Il est donc possible de ne traiter qu'un seul aspect du premier volet de l'art. 7 avant de rechercher si une violation de cet intérêt concorde avec les principes de justice fondamentale. (Voir les arrêts *Singh, Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.)

Quant à la seconde clause de l'art. 7, dans les premières analyses de doctrine, on s'est principalement intéressé à la question de savoir si la référence aux «principes de justice fondamentale» permet aux tribunaux d'examiner le fond de la législation. (Voir, par ex., Whyte, «Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 455, et Garant, «Libertés fondamentales et justice naturelle» dans W. S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin, *Charte canadienne des droits et libertés* (1982).) Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer constate, à la p. 497, qu'il serait imprudent de tenter de confiner dans des limites précises la procédure, d'une part, et le fond, de l'autre. Il laisse aussi entendre qu'il n'y aurait pas avantage au Canada à laisser ce débat, dont la source réside dans les dilemmes constitutionnels des États-Unis, façonner notre interprétation de l'art. 7 (à la p. 498):

We would, in my view, do our own Constitution a disservice to simply allow the American debate to define the issue for us, all the while ignoring the truly fundamental structural differences between the two constitutions.

Lamer J. went on to hold that the principles of fundamental justice referred to in s. 7 can relate both to procedure and to substance, depending upon the circumstances presented before the Court.

I have no doubt that s. 7 does impose upon courts the duty to review the substance of legislation once it has been determined that the legislation infringes an individual's right to "life, liberty and security of the person". The section states clearly that those interests may only be impaired if the principles of fundamental justice are respected. Lamer J. emphasized, however, that the courts should avoid "adjudication of the merits of public policy" (p. 499). In the present case, I do not believe that it is necessary for the Court to tread the fine line between substantive review and the adjudication of public policy. As in the *Singh* case, it will be sufficient to investigate whether or not the impugned legislative provisions meet the procedural standards of fundamental justice. First it is necessary to determine whether s. 251 of the *Criminal Code* impairs the security of the person.

B. *Security of the Person*

The law has long recognized that the human body ought to be protected from interference by others. At common law, for example, any medical procedure carried out on a person without that person's consent is an assault. Only in emergency circumstances does the law allow others to make decisions of this nature. Similarly, art. 19 of the *Civil Code of Lower Canada* provides that "The human person is inviolable" and that "No person may cause harm to the person of another without his consent or without being authorized by law to do so". "Security of the person", in other words, is not a value alien to our legal landscape. With the advent of the *Charter*, security of the person has been elevated to the status of a constitutional norm. This is not to say that the various forms of

À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions.

Le juge Lamer poursuit en disant que les principes de justice fondamentale mentionnés à l'art. 7 peuvent se rapporter tant à la procédure qu'au fond, selon les faits dont la Cour est saisie.

J'estime sans aucun doute que l'art. 7 impose aux tribunaux le devoir d'examiner, au fond, des textes législatifs une fois qu'il a été jugé qu'ils enfreignent le droit de l'individu à «la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». L'article dit clairement qu'il ne peut être porté atteinte à ces intérêts que si les principes de justice fondamentale sont respectés. Le juge Lamer souligne néanmoins que les tribunaux devraient éviter «de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales» (à la p. 499). En l'espèce, je ne crois pas qu'il soit nécessaire que la Cour touche à l'équilibre fragile entre examen du fond et décision de politiques générales. Comme dans l'affaire *Singh*, il suffit de rechercher si oui ou non les dispositions législatives contestées répondent aux normes procédurales de la justice fondamentale. En premier lieu, il est nécessaire de rechercher si l'art. 251 du *Code criminel* porte atteinte à la sécurité de la personne.

B. *La sécurité de la personne*

Il est depuis longtemps admis en droit que le corps humain doit être protégé des ingérences de tiers. En *common law*, par exemple, une intervention médicale effectuée sans le consentement du patient constitue des voies de fait. C'est seulement en cas d'urgence que le droit autorise des tiers à prendre des décisions de cette nature. De même, l'art. 19 du *Code civil du Bas-Canada* déclare que «la personne humaine est inviolable» et que «Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi». La «sécurité de la personne», en d'autres termes, n'est pas une valeur étrangère à notre régime juridique. Avec l'avènement de la *Charte*, la sécurité de la personne a été promue au rang de norme constitutionnelle. Cela ne veut pas dire que

protection accorded to the human body by the common and civil law occupy a similar status. "Security of the person" must be given content in a manner sensitive to its constitutional position. The above examples are simply illustrative of our respect for individual physical integrity. (See R. Macdonald, "Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law", 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987), at p. 248.) Nor is it to say that the state can never impair personal security interests. There may well be valid reasons for interfering with security of the person. It is to say, however, that if the state does interfere with security of the person, the *Charter* requires such interference to conform with the principles of fundamental justice.

The appellants submitted that the "security of the person" protected by the *Charter* is an explicit right to control one's body and to make fundamental decisions about one's life. The Crown contended that "security of the person" is a more circumscribed interest and that, like all of the elements of s. 7, it at most relates to the concept of physical control, simply protecting the individual's interest in his or her bodily integrity.

Canadian courts have already had occasion to address the scope of the interest protected under the rubric of "security of the person". In *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, at p. 139, the Ontario High Court emphasized that the right to security of the person, like each aspect of s. 7, is a basic right, the deprivation of which has severe consequences for an individual. This characterization was approved by this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 501. The Ontario Court of Appeal has held that the right to life, liberty and security of the person "would appear to relate to one's physical or mental integrity and one's control over these . . ." (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, at p. 433.)

les différentes formes de protection accordées au corps humain par le droit civil et la *common law* occupent le même rang. Le contenu donné à «la sécurité de la personne» doit être sensible à sa situation constitutionnelle. Les exemples fournis ci-dessus ne sont que des illustrations de notre respect pour l'intégrité physique de chacun. (Voir R. Macdonald, «Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law», 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987), à la p. 248.) Cela ne revient pas non plus à dire que l'État ne peut jamais porter atteinte aux intérêts en matière de sécurité personnelle. Il peut fort bien exister des motifs valides d'ingérence à l'égard de la sécurité de la personne. Cela veut cependant dire que si l'État touche effectivement à la sécurité de la personne, la *Charte* impose que cette ingérence soit conforme aux principes de justice fondamentale.

Les appelants font valoir que la «sécurité de la personne» protégée par la *Charte* est un droit qui permet explicitement d'être maître de son propre corps et de prendre des décisions fondamentales au sujet de sa propre vie. Le ministère public soutient que «la sécurité de la personne» est en fait un intérêt plus circonscrit et que, comme tous les autres éléments de l'art. 7, elle est liée, au mieux, à la notion de contrôle physique, protégeant simplement l'intérêt de chacun à assurer son intégrité corporelle.

Les tribunaux canadiens ont déjà eu à statuer sur la portée de l'intérêt que protège la rubrique «la sécurité de sa personne». Dans l'affaire *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, à la p. 139, la Haute Cour de l'Ontario a rappelé que le droit à la sécurité de la personne, comme chacun des volets de l'art. 7, est un droit fondamental qui, lorsqu'on y porte atteinte, a des conséquences graves pour l'individu. La Cour a approuvé cette caractérisation dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 501. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne [TRADUCTION] «semble se rapporter à l'intégrité physique ou mentale d'une personne et au contrôle qu'elle exerce à cet égard . . .» (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, à la p. 433.)

That conclusion is consonant with the holding of Lamer J. in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. In *Mills*, Lamer J. was the only judge of this Court to treat the right to security of the person in any detail. Although the right arose in the context of s. 11(b) of the *Charter*, Lamer J. stressed the close connection between the specific rights in ss. 8 to 14 and the more generally applicable rights expressed in s. 7. Lamer J. held, at pp. 919-20, that even in the specific context of s. 11(b):

... security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" ... These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

If state-imposed psychological trauma infringes security of the person in the rather circumscribed case of s. 11(b), it should be relevant to the general case of s. 7 where the right is expressed in broader terms. (See Whyte, *supra*, p. 39).

I note also that the Court has held in other contexts that the psychological effect of state action is relevant in assessing whether or not a *Charter* right has been infringed. In *R. v. Therens*, at p. 644, Justice Le Dain held that "The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary" for the purposes of defining "detention" in s. 10 of the *Charter*. A majority of the Court accepted the conclusions of Le Dain J. on this issue.

It may well be that constitutional protection of the above interests is specific to, and is only triggered by, the invocation of our system of criminal justice. It must not be forgotten, however, that s. 251 of the *Code*, subject to subs. (4), makes it an indictable offence for a person to procure the

Cette conclusion est conforme à celle du juge Lamer dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Dans cet arrêt, le juge Lamer est le seul juge de la Cour qui ait approfondi le droit à la sécurité de la personne. Quoique ce droit fût mis en cause dans le cadre de l'al. 11b) de la *Charte*, le juge Lamer a souligné le rapport étroit qu'il y a entre les droits particuliers conférés par les art. 8 à 14 et les droits d'application plus générale que l'on retrouve à l'art. 7. Le juge Lamer a conclu, aux pp. 919 et 920, que même dans le cadre précis de l'al. 11b):

... [la] sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] "un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante" ... Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'anxiété résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

Si le traumatisme psychologique infligé par l'État porte atteinte à la sécurité de la personne dans le cas plutôt limité de l'al. 11b), on doit en tenir compte dans le cadre général de l'art. 7, où ce droit est énoncé en termes plus larges. (Voir Whyte, précité, à la p. 39.)

Je rappelle aussi que la Cour a déjà jugé, dans d'autres contextes, que l'effet psychologique de l'action de l'État a de l'importance lorsqu'on recherche si un droit garanti par la *Charte* a ou non été enfreint. Dans l'arrêt *R. c. Therens*, à la p. 644, le juge Le Dain estime que «L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté» quand il s'agit de définir le terme "détermination" à l'art. 10 de la *Charte*. La Cour, à la majorité, a accepté les conclusions du juge Le Dain sur ce point.

Il est bien possible que la protection constitutionnelle des intérêts susmentionnés soit spécifique au recours à notre système de justice criminelle et seulement déclenchée par ce dernier. On ne doit toutefois pas oublier que l'art. 251 du *Code*, sous réserve du par. (4), érige en infraction criminelle le

miscarriage and provides a maximum sentence of two years in the case of the woman herself, and a maximum sentence of life imprisonment in the case of another person. Like Beetz J., I do not find it necessary to decide how s. 7 would apply in other cases.

The case law leads me to the conclusion that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitute a breach of security of the person. It is not necessary in this case to determine whether the right extends further, to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy, or interests unrelated to criminal justice.

I wish to reiterate that finding a violation of security of the person does not end the s. 7 inquiry. Parliament could choose to infringe security of the person if it did so in a manner consistent with the principles of fundamental justice. The present discussion should therefore be seen as a threshold inquiry and the conclusions do not dispose definitively of all the issues relevant to s. 7. With that caution, I have no difficulty in concluding that the encyclopedic factual submissions addressed to us by counsel in the present appeal establish beyond any doubt that s. 251 of the *Criminal Code* is *prima facie* a violation of the security of the person of thousands of Canadian women who have made the difficult decision that they do not wish to continue with a pregnancy.

At the most basic, physical and emotional level, every pregnant woman is told by the section that she cannot submit to a generally safe medical procedure that might be of clear benefit to her unless she meets criteria entirely unrelated to her own priorities and aspirations. Not only does the removal of decision-making power threaten women in a physical sense; the indecision of knowing whether an abortion will be granted inflicts emotional stress. Section 251 clearly interferes with a woman's bodily integrity in both a physical and emotional sense. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a fetus to term unless

fait pour une personne de procurer un avortement et prévoit une peine maximale de deux ans d'emprisonnement pour la femme elle-même et d'emprisonnement à perpétuité dans le cas d'une autre personne. Comme le juge Beetz, je juge inutile de décider si l'art. 7 devrait s'appliquer dans d'autres cas.

La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.

Je réitère que la constatation qu'il y a atteinte à la sécurité de la personne ne met pas fin à la recherche exigée par l'art. 7. Le Parlement peut choisir de porter atteinte à la sécurité de la personne, pourvu qu'il le fasse en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il faut donc considérer la présente analyse comme la première étape de recherche dont les conclusions ne régleront pas définitivement tous les points intéressant l'art. 7. Cela dit, je n'éprouve aucune difficulté à conclure que la somme encyclopédique produite par les avocats en l'espèce établit hors de tout doute que l'art. 251 du *Code criminel* constitue *prima facie* une atteinte à la sécurité de la personne de milliers de Canadiennes qui ont eu à prendre la difficile décision de ne pas mener une grossesse à terme.

Au niveau physique et émotionnel le plus fondamental, chaque femme enceinte se fait dire par cet article qu'elle ne peut subir une intervention médicale, généralement sans danger, qui pourrait manifestement être à son avantage, à moins qu'elle ne satisfasse à des critères totalement sans rapport avec ses propres priorités et aspirations. Non seulement en privant les femmes du pouvoir de décision, on les menace physiquement; en outre, l'incertitude qui plane sur le point de savoir si l'avortement sera accordé inflige une tension émotionnelle. L'article 251 porte clairement atteinte à l'intégrité corporelle, tant physique qu'émotionnelle d'une

she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference with a woman's body and thus a violation of security of the person. Section 251, therefore, is required by the *Charter* to comport with the principles of fundamental justice.

Although this interference with physical and emotional integrity is sufficient in itself to trigger a review of s. 251 against the principles of fundamental justice, the operation of the decision-making mechanism set out in s. 251 creates additional glaring breaches of security of the person. The evidence indicates that s. 251 causes a certain amount of delay for women who are successful in meeting its criteria. In the context of abortion, any unnecessary delay can have profound consequences on the woman's physical and emotional well-being.

More specifically, in 1977, the *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (the Badgley Report) revealed that the average delay between a pregnant woman's first contact with a physician and a subsequent therapeutic abortion was eight weeks (p. 146). Although the situation appears to have improved since 1977, the extent of the improvement is not clear. The intervenor, the Attorney General of Canada, submitted that the average delay in Ontario between the first visit to a physician and a therapeutic abortion was now between one and three weeks. Yet the respondent Crown admitted in a supplementary factum filed on November 27, 1986 with the permission of the Court that (p. 3):

... the evidence discloses that some women may find it very difficult to obtain an abortion: by necessity, abortion services are limited, since hospitals have budgetary, time, space and staff constraints as well as many medical responsibilities. As a result of these problems a woman may have to apply to several hospitals.

If forced to apply to several different therapeutic abortion committees, there can be no doubt that a woman will experience serious delay in obtaining a

femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener un fœtus à terme à moins qu'elle ne satisfasse à des critères sans rapport avec ses propres priorités et aspirations est une ingérence grave à l'égard de son corps et donc une violation de la sécurité de sa personne. La *Charte* exige donc que l'art. 251 soit conforme aux principes de justice fondamentale.

Quoique cette atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle suffise en soi pour déclencher un examen de l'art. 251 en fonction des principes de justice fondamentale, le fonctionnement du mécanisme décisionnel établi par l'art. 251 crée d'autres violations flagrantes de la sécurité de la personne. La preuve indique que l'art. 251 est cause d'un certain retard pour les femmes qui satisfont à ses critères. Dans le contexte de l'avortement, tout retard inutile peut avoir de profondes répercussions sur le bien-être physique et émotionnel d'une femme.

Pour être plus précis, en 1977, le *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (le rapport Badgley) a révélé que le délai moyen entre la première consultation d'un médecin par une femme enceinte et l'avortement thérapeutique subséquent est de huit semaines (à la p. 146). Bien qu'il semble que la situation se soit améliorée depuis 1977, l'ampleur de cette amélioration n'est pas claire. L'intervenant, le procureur général du Canada, fait valoir que le délai moyen en Ontario entre une première visite chez le médecin et l'avortement thérapeutique est maintenant d'une à trois semaines. Pourtant, le ministère public intimé admet, dans un mémoire supplémentaire produit le 27 novembre 1986, avec l'autorisation de la Cour, que (à la p. 3):

[TRADUCTION] ... la preuve révèle que certaines femmes peuvent éprouver de grandes difficultés à obtenir un avortement: les services d'avortement sont forcément limités, puisque les hôpitaux ont des contraintes de budget, de temps, d'espace et de personnel, outre leurs nombreuses responsabilités médicales. Il s'ensuit qu'une femme peut devoir s'adresser à plusieurs hôpitaux.

Si une femme est forcée de s'adresser à plusieurs comités de l'avortement thérapeutique différents, il ne peut y avoir de doute qu'elle a à faire face à un

therapeutic abortion. In her *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (the Powell Report), Dr. Marion Powell emphasized that (p. 7):

The entire process [of obtaining an abortion] was found to be protracted with women requiring three to seven contacts with health professionals

Revealing the full extent of this problem, Dr. Augustin Roy, the President of the Corporation professionnelle des médecins du Québec, testified that studies showed that in Quebec the waiting time for a therapeutic abortion in hospital varied between one and six weeks.

These periods of delay may not seem unduly long, but in the case of abortion, the implications of any delay, according to the evidence, are potentially devastating. The first factor to consider is that different medical techniques are employed to perform abortions at different stages of pregnancy. The testimony of expert doctors at trial indicated that in the first twelve weeks of pregnancy, the relatively safe and simple suction dilation and curettage method of abortion is typically used in North America. From the thirteenth to the sixteenth week, the more dangerous dilation and evacuation procedure is performed, although much less often in Canada than in the United States. From the sixteenth week of pregnancy, the instillation method is commonly employed in Canada. This method requires the intra-amniotic introduction of prostaglandin, urea, or a saline solution, which causes a woman to go into labour, giving birth to a foetus which is usually dead, but not invariably so. The uncontroverted evidence showed that each method of abortion progressively increases risks to the woman. (See, e.g., Tyler, et al., "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*.)

délai considérable pour obtenir un avortement thérapeutique. Dans son *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (le rapport Powell), le Dr Marion Powell souligne (à la p. 7):

^a [TRADUCTION] Il est apparu que tout le processus [d'obtention d'un avortement] traîne en longueur, les femmes étant obligées de rencontrer de trois à sept professionnels de la santé . . .

^b Révélant l'ampleur du problème, le Dr Augustin Roy, président de la Corporation professionnelle des médecins du Québec, a dit dans son témoignage que les études qu'il avait faites montraient qu'au Québec l'attente pour un avortement thérapeutique dans un hôpital variait d'une à six semaines.

^d Ces délais peuvent ne pas sembler très longs, mais, dans le cas d'un avortement, tout retard, d'après la preuve, peut avoir des conséquences dévastatrices. Le premier facteur dont il faut tenir compte est que différentes techniques médicales ^e sont utilisées pour pratiquer les avortements à différents stades de la grossesse. Le témoignage des médecins au procès, à titre d'experts, a montré que, dans les douze premières semaines de la grossesse, la méthode d'avortement relativement sûre et simple de la dilatation et de l'aspiration, suivies ^f d'un curetage, est normalement utilisée en Amérique du Nord. De la treizième à la seizième semaines, la méthode, plus dangereuse, de la dilatation cervicale et de l'évacuation utérine est pratiquée, ^g moins souvent au Canada qu'aux États-Unis. À partir de la seizième semaine de grossesse, la méthode médicamenteuse est habituellement utilisée au Canada. Elle requiert l'introduction dans le ^h liquide amniotique de prostaglandine, d'urée ou d'une solution saline qui provoque les contractions; la femme accouche d'un foetus, habituellement mort-né, encore que ce ne soit pas toujours le cas. La preuve non contredite démontre que d'une ⁱ méthode à l'autre, les risques courus par la femme s'accroissent. (Voir, par ex., Tyler, et al., «Second Trimester Induced Abortion in the United States», in Garry S. Berger, William Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*.) ^j

The second consideration is that even within the periods appropriate to each method of abortion, the evidence indicated that the earlier the abortion was performed, the fewer the complications and the lower the risk of mortality. For example, a study emanating from the Centre for Disease Control in Atlanta confirmed that "D & E [dilation and evacuation] procedures performed at 13 to 15 weeks' gestation were nearly 3 times safer than those performed at 16 weeks or later". (Cates and Grimes, "Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities" (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401, at p. 401. See also the Powell Report, at p. 36.) The Court was advised that because of their perceptions of risk, Canadian doctors often refuse to use the dilation and evacuation procedure from the thirteenth to sixteenth weeks and instead wait until they consider it appropriate to use the instillation technique. Even more revealing were the overall mortality statistics evaluated by Drs. Cates and Grimes. They concluded from their study of the relevant data that:

Anything that contributes to delay in performing abortions increases the complication rates by 15 to 30%, and the chance of dying by 50% for each week of delay.

These statistics indicate clearly that even if the average delay caused by s. 251 *per arguendo* is of only a couple of weeks' duration, the effects upon any particular woman can be serious and, occasionally, fatal.

It is no doubt true that the overall complication and mortality rates for women who undergo abortions are very low, but the increasing risks caused by delay are so clearly established that I have no difficulty in concluding that the delay in obtaining therapeutic abortions caused by the mandatory procedures of s. 251 is an infringement of the purely physical aspect of the individual's right to security of the person. I should stress that the marked contrast between the relative speed with which abortions can be obtained at the government-sponsored community clinics in Quebec and in hospitals under the s. 251 procedure was estab-

La seconde considération est que, même au cours des périodes où chaque méthode d'avortement peut être employée, la preuve indique que plus l'avortement a lieu tôt, moins il y a de complications et inférieur est le risque de décès. Par exemple, une étude du Centre for Disease Control d'Atlanta a confirmé que [TRADUCTION] «la méthode D & E [dilatation cervicale et évacuation utérine] utilisée de la treizième à la quinzième semaines de grossesse est presque trois fois plus sûre qu'après seize semaines ou plus». (Cates et Grimes, «Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities» (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401, à la p. 401. Voir aussi le rapport Powell, à la p. 36.) Il a été porté à la connaissance de la Cour qu'à cause des risques possibles les médecins canadiens refusent souvent d'employer la méthode de la dilatation cervicale et de l'évacuation utérine entre la treizième et la seizième semaines, préférant attendre le moment où ils jugeront pouvoir avoir recours à la méthode médicamenteuse. Les statistiques globales de mortalité évaluées par les Drs. Cates et Grimes sont encore plus révélatrices. Ils concluent, après une étude des données pertinentes:

[TRADUCTION] Tout retard à pratiquer l'avortement augmente le taux de complication de 15 à 30 % et les probabilités de décès de 50 % par semaine de retard.

Ces statistiques indiquent clairement que même si le retard moyen causé par l'art. 251 n'est, par hypothèse, que de quelque deux semaines, les effets pour une femme donnée peuvent être graves et parfois mortels.

Il est certainement vrai que les taux globaux de complication et de mortalité pour les femmes qui subissent un avortement sont très faibles, mais l'augmentation des risques causés par tout retard est si clairement établie que je n'ai aucune difficulté à conclure que tout retard à obtenir un avortement thérapeutique, en raison de la procédure imposée par l'art. 251, est une atteinte à l'aspect purement physique du droit de chacun à la sécurité de sa personne. Je dois souligner que le contraste marqué entre la relative rapidité avec laquelle des avortements peuvent être obtenus dans les Centres locaux de santé communautaire du

lished at trial. The evidence indicated that at the government-sponsored clinics in Quebec, the maximum delay was less than a week. One must conclude, and perhaps underline, that the delay experienced by many women seeking a therapeutic abortion, be it of one, two, four, or six weeks' duration, is caused in large measure by the requirements of s. 251 itself.

The above physical interference caused by the delays created by s. 251, involving a clear risk of damage to the physical well-being of a woman, is sufficient, in my view, to warrant inquiring whether s. 251 comports with the principles of fundamental justice. However, there is yet another infringement of security of the person. It is clear from the evidence that s. 251 harms the psychological integrity of women seeking abortions. A 1985 report of the Canadian Medical Association, discussed in the Powell Report, at p. 15, emphasized that the procedure involved in s. 251, with the concomitant delays, greatly increases the stress levels of patients and that this can lead to more physical complications associated with abortion. A specialist in fertility control, Dr. Henry David, was qualified as an expert witness at trial on the psychological impact upon women of delay in the process of obtaining an abortion. He testified that his own studies had demonstrated that there is increased psychological stress imposed upon women who are forced to wait for abortions, and that this stress is compounded by the uncertainty whether or not a therapeutic abortion committee will actually grant approval.

Perhaps the most powerful testimony regarding the psychological impact upon women caused by the delay inherent in s. 251 procedures was offered at trial by Dr. Jane Hodgson, the Medical Director of the Women's Health Center in Duluth, Minnesota. She was called to testify as to her experiences with Canadian women who had come to the Women's Health Center for abortions. Her testimony was extensive, but the flavour may be gleaned from the following short excerpts:

Québec, subventionnés par le gouvernement, et dans les hôpitaux en vertu de la procédure de l'art. 251 a été établi au procès. D'après la preuve, dans les CLSC du Québec, l'attente maximum est inférieure à une semaine. On doit conclure, et peut-être souligner, que l'attente que doivent subir de nombreuses femmes voulant un avortement thérapeutique, qu'il s'agisse d'une, de deux, de quatre ou de six semaines, est due dans une large mesure aux exigences de l'art. 251 lui-même.

L'ingérence physique exposée ci-dessus, imputable aux délais découlant de l'art. 251 et impliquant un risque clair de préjudice pour le bien-être physique d'une femme, suffit, à mon avis, pour justifier qu'on se demande si l'art. 251 est conforme avec les principes de justice fondamentale. Il y a toutefois une autre violation de la sécurité de la personne. Il ressort de la preuve que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement. Un rapport de 1985 de l'Association médicale canadienne, étudié dans le rapport Powell, à la p. 15, souligne que la procédure qu'implique l'art. 251, avec les délais qui en découlent, accroît de beaucoup le niveau d'angoisse des patientes, ce qui peut accroître le nombre de complications somatiques liées à l'avortement. Un spécialiste en fertilité, le Dr. Henry David, a témoigné à titre d'expert au procès au sujet de l'effet psychologique sur les femmes des délais d'obtention d'un avortement. D'après son témoignage, ses propres études ont démontré que la tension psychologique augmente chez les femmes forcées d'attendre pour se faire avorter, d'autant que cette tension est accrue par l'incertitude quant à savoir si un comité de l'avortement thérapeutique donnera ou non son approbation.

Le Dr. Jane Hodgson, directrice médicale du Women's Health Center de Duluth, au Minnesota, a sans doute donné, au procès, le témoignage le plus impressionnant au sujet de l'effet psychologique sur les femmes des délais inhérents à la procédure de l'art. 251. Elle avait été assignée afin de faire part de son expérience avec les femmes canadiennes qui se rendent au Women's Health Center pour se faire avorter. Son témoignage est long, mais ces brefs extraits peuvent en transmettre l'idée:

May I add one other thing that I think is very vital, and that is that many of these [Canadian] women come down because they know they will be delayed in getting, first, permission, then delayed in getting a hospital bed, or getting into the hospital, and so they know they will have to have saline [instillation] procedures. And some of them have been through this, and others know what it is about, and they will do almost anything to avoid having a saline procedure.

And of course, that is — I consider that a very cruel type of medical care and will do anything to help them to avoid this type of treatment.

The cost, the time consumed, the medical risks, the mental anguish — all of this is cruelty, in this day and age, because it's [the instillation procedure] an obsolete procedure that is essentially disappearing in the United States.

I have already noted that the instillation procedure requires a woman actually to experience labour and to suffer through the birth of a foetus that is usually but not always dead. Statistics from 1982 indicated that 33.4 per cent of second trimester abortions in Ontario were done by instillation, and the Powell Report revealed, at p. 36, that even in 1986 there persisted a high incidence of second trimester abortions in Ontario. The psychological injury caused by delay in obtaining abortions, much of which must be attributed to the procedures set out in s. 251, constitutes an additional infringement of the right to security of the person.

In its supplementary factum and in oral submissions, the Crown argued that evidence of what could be termed "administrative inefficiency" is not relevant to the evaluation of legislation for the purposes of s. 7 of the *Charter*. The Crown argued that only evidence regarding the purpose of legislation is relevant. The assumption, of course, is that any impairment to the physical or psychological interests of individuals caused by s. 251 of the *Criminal Code* does not amount to an infringement of security of the person because the injury is caused by practical difficulties and is not intended by the legislator.

[TRADUCTION] Puis-je ajouter un autre point qui me paraît des plus vital: beaucoup de femmes [canadiennes] font le voyage parce qu'elles savent qu'elles devront attendre d'abord de recevoir l'autorisation, puis qu'un lit d'hôpital soit disponible, ou d'obtenir l'admission dans un hôpital, et qu'elles savent donc qu'il faudra qu'on leur administre la méthode médicamenteuse. Certaines d'entre elles sont déjà passées par là, d'autres savent ce que ça veut dire, aussi sont-elles prêtes à faire à peu près n'importe quoi pour l'éviter.

Et, bien entendu, c'est-à-dire [...] j'estime qu'il s'agit là d'une thérapeutique des plus cruelles, aussi suis-je prête à tout faire pour les aider à l'éviter.

Le coût, le temps perdu, les risques médicaux, l'angoisse mentale: tout cela c'est de la cruauté, aujourd'hui, à notre époque, parce qu'il s'agit d'une méthode [la méthode médicamenteuse] désuète, à peu près en voie de disparition aux États-Unis.

J'ai déjà dit que la méthode médicamenteuse oblige la femme à subir les contractions et à endurer l'accouchement d'un foetus généralement mais pas toujours mort-né. Les statistiques de 1982 montrent que, dans 33,4 pour 100 des avortements en Ontario, on a utilisé la méthode médicamenteuse et le rapport Powell révèle, à la p. 36, que, même en 1986, il y avait toujours une haute incidence d'avortements pratiqués au second trimestre en Ontario. Le dommage psychologique causé par le délai d'obtention des avortements, dont une grande part doit être attribuée à la procédure prévue à l'art. 251, constitue une atteinte supplémentaire au droit à la sécurité de la personne.

Dans son mémoire supplémentaire et au cours des plaidoiries, le ministère public a soutenu que les éléments de preuve relatifs à ce qu'on pourrait qualifier de «détours administratifs» ne sauraient entrer en ligne de compte dans l'évaluation d'une loi aux fins de l'art. 7 de la *Charte*. Le ministère public fait valoir que seuls les éléments de preuve portant sur l'objet de la loi sont pertinents. Ceci présume donc que les atteintes aux intérêts physiques ou psychologiques des individus causées par l'art. 251 du *Code criminel* ne constituent pas une atteinte à la sécurité de la personne, car le dommage résulte de difficultés pratiques et n'est pas l'objectif du législateur.

The submission is faulty on two counts. First, as a practical matter it is not possible in the case of s. 251 to erect a rigid barrier between the purposes of the section and the administrative procedures established to carry those purposes into effect. For example, although it may be true that Parliament did not enact s. 251 intending to create delays in obtaining therapeutic abortions, the evidence demonstrates that the system established by the section for obtaining a therapeutic abortion certificate inevitably does create significant delays. It is not possible to say that delay results only from administrative constraints, such as limited budgets or a lack of qualified persons to sit on therapeutic abortion committees. Delay results from the cumbersome operating requirements of s. 251 itself. (See, by way of analogy, *R. v. Therens, per Le Dain J.*, at p. 645.) Although the mandate given to the courts under the *Charter* does not, generally speaking, enable the judiciary to provide remedies for administrative inefficiencies, when denial of a right as basic as security of the person is infringed by the procedure and administrative structures created by the law itself, the courts are empowered to act.

Secondly, were it nevertheless possible in this case to dissociate purpose and administration, this Court has already held as a matter of law that purpose is not the only appropriate criterion in evaluating the constitutionality of legislation under the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 331, the Court stated that:

... both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation.

Even if the purpose of legislation is unobjectionable, the administrative procedures created by law to bring that purpose into operation may produce unconstitutional effects, and the legislation should then be struck down. It is important to note that, in speaking of the effects of legislation, the Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* was still referring to effects that can invalidate legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and not to individual effects that might lead a court to provide a person-

L'argument est spécieux pour deux raisons. D'abord, en pratique, il n'est pas possible, dans le cas de l'art. 251, d'ériger une cloison étanche entre l'objet recherché par l'article et la procédure administrative établie pour l'atteindre. Par exemple, quoiqu'il puisse être vrai que le législateur n'a pas adopté l'art. 251 dans le but de retarder l'obtention des avortements thérapeutiques, la preuve démontre que le système établi par l'article pour obtenir un certificat d'avortement thérapeutique crée inévitablement des délais importants. Il n'est pas possible de dire que ces retards ne résultent que des contraintes administratives, tels les budgets restreints ou le manque de personnel qualifié apte à siéger aux comités de l'avortement thérapeutique. Les délais résultent de la lourdeur du mécanisme prévu à l'art. 251 lui-même. (Voir par analogie l'arrêt *R. c. Therens*, le juge Le Dain, à la p. 645.) Si le mandat conféré aux tribunaux par la *Charte* n'autorise pas, généralement parlant, le pouvoir judiciaire à accorder un recours contre les lenteurs administratives, néanmoins, lorsqu'un droit aussi fondamental que la sécurité de la personne est enfreint par la procédure et les structures administratives créées par la loi elle-même, les tribunaux ont le pouvoir d'agir.

En second lieu, même s'il était possible en l'espèce de dissocier objet et administration, la Cour a déjà statué en droit que l'objet n'est pas le seul critère valable d'évaluation de la constitutionnalité d'une loi en fonction de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 331, la Cour dit:

... l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide.

Même si l'objet d'une loi est inattaquable, la procédure administrative créée par la loi pour la mise en œuvre de cet objet peut produire des effets inconstitutionnels et la loi doit alors être invalidée. Il importe de rappeler qu'en parlant des effets d'une loi, la Cour, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, se référerait encore aux effets qui peuvent invalider une loi en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non aux effets individuels, qui pourraient amener un tribunal à accor-

al remedy under s. 24(1) of the *Charter*. In the present case, the appellants are complaining of the general effects of s. 251. If section 251 of the *Criminal Code* does indeed breach s. 7 of the *Charter* through its general effects, that can be sufficient to invalidate the legislation under s. 52. As an aside, I should note that the appellants have standing to challenge an unconstitutional law if they are liable to conviction for an offence under that law even though the unconstitutional effects are not directed at the appellants *per se*: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 313. The standing of the appellants was not challenged by the Crown.

In summary, s. 251 is a law which forces women to carry a foetus to term contrary to their own priorities and aspirations and which imposes serious delay causing increased physical and psychological trauma to those women who meet its criteria. It must, therefore, be determined whether that infringement is accomplished in accordance with the principles of fundamental justice, thereby saving s. 251 under the second part of s. 7.

C. *The Principles of Fundamental Justice*

Although the "principles of fundamental justice" referred to in s. 7 have both a substantive and a procedural component (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 499), I have already indicated that it is not necessary in this appeal to evaluate the substantive content of s. 251 of the *Criminal Code*. My discussion will therefore be limited to various aspects of the administrative structure and procedure set down in s. 251 for access to therapeutic abortions.

In outline, s. 251 operates in the following manner. Subsection (1) creates an indictable offence for any person to use any means with the intent "to procure the miscarriage of a female person". Subsection (2) establishes a parallel indictable offence for any pregnant woman to use or to permit any means to be used with the intent "to procure her own miscarriage". The "means" referred to in subs. (1) and (2) are defined in subs. (3) as the administration of a drug or "other noxious thing", the use of an instrument, and

der une réparation à une personne en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. En l'espèce, les appelants se plaignent des effets généraux de l'art. 251. Si l'article 251 du *Code criminel* viole effectivement l'art. 7 de la *Charte* par suite de ses effets généraux, cela peut suffire à invalider la loi en vertu de l'art. 52. Par ailleurs, je rappellerais que les appelants ont qualité pour contester une loi inconstitutionnelle s'ils risquent d'être déclarés coupables d'une infraction à cette loi, même s'ils n'ont pas directement à pâtir des effets inconstitutionnels: l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 313. Le ministère public n'a d'ailleurs pas contesté leur qualité pour agir.

En résumé, l'art. 251 est un texte législatif qui oblige des femmes à mener un foetus à terme à l'encontre de leurs propres priorités et aspirations et qui impose des délais considérables qui accroissent le traumatisme physique et psychologique des femmes qui satisfont à ses critères. Il faut donc déterminer si l'atteinte a eu lieu en conformité avec les principes de justice fondamentale, ce qui sauverait l'art. 251 en vertu de la seconde partie de l'art. 7.

C. *Les principes de justice fondamentale*

Bien que les «principes de justice fondamentale» mentionnés à l'art. 7 aient une composante de fond et une composante de procédure (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 499), j'ai déjà dit qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de se prononcer sur le fond de l'art. 251 du *Code criminel*. Mon analyse se limitera donc aux divers aspects de la structure et de la procédure administratives établies par l'art. 251 pour l'obtention des avortements thérapeutiques.

En bref, l'art. 251 fonctionne de la manière suivante. Le paragraphe (1) fait un acte criminel de l'emploi, par qui que ce soit, de quelque moyen avec l'intention «de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin». Le paragraphe (2) prévoit, en parallèle, que se rend coupable d'un acte criminel toute femme enceinte qui emploie ou permet que soit employé quelque moyen avec l'intention «d'obtenir son propre avortement». Les «moyens» dont il est question aux par. (1) et (2) sont définis au par. (3) comme étant l'administra-

“manipulation of any kind”. The crucial provision for the purposes of the present appeal is subs. (4) which states that the offences created in subss. (1) and (2) “do not apply” in certain circumstances. The Ontario Court of Appeal in the proceedings below characterized s. 251(4) as an “exculpatory provision” ((1985), 52 O.R. (2d) 353, at p. 365). In *Morgentaler* (1975), at p. 673, a majority of this Court held that the effect of s. 251(4) was to afford “a complete answer and defence to those who respect its terms”.

The procedure surrounding the defence is rather complex. A pregnant woman who desires to have an abortion must apply to the “therapeutic abortion committee” of an “accredited or approved hospital”. Such a committee is empowered to issue a certificate in writing stating that in the opinion of a majority of the committee, the continuation of the pregnancy would be likely to endanger the pregnant woman’s life or health. Once a copy of the certificate is given to a qualified medical practitioner who is not a member of the therapeutic abortion committee, he or she is permitted to perform an abortion on the pregnant woman and both the doctor and the woman are freed from any criminal liability.

A number of definitions are provided in subs. (6) which have a bearing on the disposition of this appeal. An “accredited hospital” is described as a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation “in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment” are provided. An “approved hospital” is a hospital “approved for the purposes of this section by the Minister of Health” of a province. A “therapeutic abortion committee” must be “comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner” who is appointed by a hospital’s administrative board. Interestingly, the term “health” is not defined for the purposes of s. 251, so it would appear that the therapeutic abortion committees are free to develop their own theories as to when a potential impairment of a woman’s “health” would justify the granting of a therapeutic abortion certificate.

tion d’une drogue ou «autre substance délétère», l’emploi d’un instrument et «toute manipulation». La disposition cruciale en l’espèce est le par. (4) selon lequel les infractions prévues aux par. (1) et (2) «ne s’appliquent pas» dans certaines circonstances. La Cour d’appel de l’Ontario, en l’espèce, a qualifié le par. 251(4) de [TRADUCTION] «disposition disculpatoire» ((1985), 52 O.R. (2d) 353, à la p. 365). Dans l’arrêt *Morgentaler* (1975), à la p. 673, cette Cour, à la majorité, a jugé que le par. 251(4) avait pour effet d’offrir «à ceux qui satisfont à ses conditions, un moyen de défense complet».

La procédure entourant cette défense est plutôt complexe. Une femme enceinte qui désire un avortement doit s’adresser au «comité de l’avortement thérapeutique» d’un hôpital «accrédité ou approuvé». Ce comité a le pouvoir de délivrer un certificat attestant que, par décision de la majorité des membres du comité, la continuation de la grossesse risque de mettre la vie ou la santé de la femme enceinte en danger. Sur remise d’une copie du certificat à un médecin qualifié qui n’est pas membre du comité de l’avortement thérapeutique, celui-ci est autorisé à procurer un avortement à la femme enceinte et tant le médecin que la femme échappent à toute responsabilité criminelle.

Le paragraphe (6) fournit plusieurs définitions qui ont des répercussions sur l’issue de ce pourvoi. Un «hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d’accréditation des hôpitaux «dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux». Un «hôpital approuvé» est un hôpital «approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé» d’une province. Un «comité de l’avortement thérapeutique» doit être «formé d’au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés» nommés par le Conseil d’administration de l’hôpital. Curieusement, le terme «santé» n’est pas défini à l’art. 251, de sorte qu’il semble que les comités de l’avortement thérapeutique sont libres d’élaborer leur propre théorie pour déterminer quand une atteinte éventuelle à la «santé» d’une femme peut justifier l’octroi d’un certificat d’avortement thérapeutique.

As is so often the case in matters of interpretation, however, the straightforward reading of this statutory scheme is not fully revealing. In order to understand the true nature and scope of s. 251, it is necessary to investigate the practical operation of the provisions. The Court has been provided with a myriad of factual submissions in this area. One of the most useful sources of information is the Badgley Report. The Committee on the Operation of the Abortion Law was established by Orders-in-Council P.C. 1975-2305, -2306, and -2307 of September 29, 1975 and its terms of reference instructed it to "conduct a study to determine whether the procedure provided in the Criminal Code for obtaining therapeutic abortions is operating equitably across Canada". Statistics were provided to the Committee by Statistics Canada and the Committee conducted its own research, meeting with officials of the departments of the provincial attorneys general and of health, and visiting 140 hospitals throughout Canada. The Committee also commissioned national hospital, hospital staff, physician, and patient surveys. The overall conclusion of the Committee was that "The procedures set out for the operation of the Abortion Law are not working equitably across Canada" (p. 17). Of course, that conclusion does not lead to the necessary inference that s. 251 procedures violate the principles of fundamental justice. Unfair functioning of the law could be caused by external forces which do not relate to the law itself.

The Badgley Report contains a wealth of detailed information which demonstrates, however, that many of the most serious problems with the functioning of s. 251 are created by procedural and administrative requirements established in the law. For example, the Badgley Committee noted, at p. 84, that:

... the Abortion Law implicitly establishes a minimum requirement of three qualified physicians to serve on a therapeutic abortion committee, plus a qualified medical practitioner who is not a member of the therapeutic abortion committee, to perform the procedure.

The Committee went on to make the following observation at p. 102:

Cependant, comme c'est souvent le cas en matière d'interprétation, la simple lecture des dispositions législatives ne dit pas tout. Pour comprendre la nature et la portée véritables de l'art. 251, il est nécessaire d'examiner l'application pratique des dispositions. La Cour a reçu une myriade de mémoires sur les faits à cet égard. L'une des sources d'information les plus utiles est le rapport Badgley. Le comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement a été créé par les décrets C.P. 1975-2305, -2306, -2307 du 29 septembre 1975 avec pour mandat «d'entreprendre une étude visant à déterminer si les dispositions prévues par le Code criminel relativement à la pratique d'avortements thérapeutiques sont appliquées de manière équitable dans tout le Canada». Statistique Canada a fourni des statistiques au comité et celui-ci a aussi procédé à ses propres recherches, rencontrant les fonctionnaires des ministères des procureurs généraux et des ministères provinciaux de la santé et procédant à la visite de 140 hôpitaux canadiens. Le comité a aussi fait procéder à des sondages, à l'échelle nationale, sur les hôpitaux, leur personnel, les médecins et les patients. Le comité a conclu en somme que: «Le recours prévu par la Loi sur l'avortement n'est pas appliqué de façon équitable à travers le Canada» (à la p. 19). Bien entendu, cette conclusion n'amène pas nécessairement à dire que la procédure prévue à l'art. 251 viole les principes de justice fondamentale. Une application injuste de la loi peut être imputable à des forces externes qui n'ont rien à voir avec la loi elle-même.

Le rapport Badgley est une mine de renseignements qui démontre cependant qu'un grand nombre des problèmes les plus graves dans l'application de l'art. 251 résultent des exigences administratives et de procédures établies par la loi. Par exemple, le comité Badgley note, à la p. 92:

... la Loi sur l'avortement exige implicitement un minimum de trois médecins qualifiés agissant comme membres du comité de l'avortement thérapeutique, plus un médecin qualifié qui n'est pas membre de ce comité, pour pratiquer l'intervention.

Le comité poursuit avec l'observation suivante (à la p. 113):

Of the 1,348 civilian hospitals in operation in 1976, at least 331 hospitals had less than four physicians on their medical staff. In terms of the distribution of physicians, 24.6 percent of hospitals in Canada did not have a medical staff which was large enough to establish a therapeutic abortion committee and to perform the abortion procedure.

In other words, the seemingly neutral requirement of s. 251(4) that at least four physicians be available to authorize and to perform an abortion meant in practice that abortions would be absolutely unavailable in almost one quarter of all hospitals in Canada.

Other administrative and procedural requirements of s. 251(4) reduce the availability of therapeutic abortions even further. For the purposes of s. 251, therapeutic abortions can only be performed in "accredited" or "approved" hospitals. As noted above, an "approved" hospital is one which a provincial minister of health has designated as such for the purpose of performing therapeutic abortions. The minister is under no obligation to grant any such approval. Furthermore, an "accredited" hospital must not only be accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation, it must also provide specified services. Many Canadian hospitals do not provide all of the required services, thereby being automatically disqualified from undertaking therapeutic abortions. The Badgley Report stressed the remarkable limitations created by these requirements, especially when linked with the four-physician rule discussed above (p. 105):

Of the total of 1,348 non-military hospitals in Canada in 1976, 789 hospitals, or 58.5 percent, were ineligible in terms of their major treatment functions, the size of their medical staff, or their type of facility to establish therapeutic abortion committees.

Moreover, even if a hospital is eligible to create a therapeutic abortion committee, there is no requirement in s. 251 that the hospital need do so. The Badgley Committee discovered that in 1976, of the 559 general hospitals which met the proce-

Sur les 1,348 hôpitaux civils en service en 1976, au moins 331 hôpitaux comptaient moins de quatre médecins membres de leur personnel médical. En ce qui concerne la répartition des médecins, 24.6 pour cent des hôpitaux au Canada n'avaient pas un personnel médical suffisamment important pour pouvoir créer un comité de l'avortement thérapeutique et pratiquer l'avortement.

En d'autres termes, l'obligation du par. 251(4), neutre en apparence, qu'au moins quatre médecins soient disponibles pour autoriser et pratiquer un avortement, signifie en pratique qu'il serait absolument impossible d'obtenir un avortement dans près du quart de tous les hôpitaux au Canada.

D'autres exigences administratives et procédurales du par. 251(4) réduisent la possibilité d'obtenir des avortements thérapeutiques. Pour les fins de l'art. 251, les avortements thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés». Comme il a été dit précédemment, un hôpital «approuvé» est un hôpital que le ministre de la Santé de la province désigne comme tel, afin de lui permettre de pratiquer des avortements thérapeutiques. Le ministre n'a aucune obligation d'octroyer cette approbation. En outre, un hôpital «accrédité» doit non seulement être accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, il doit aussi offrir certains services précis. Un grand nombre d'hôpitaux canadiens n'offrent pas tous les services requis, ce qui leur interdit automatiquement de pratiquer des avortements thérapeutiques. Le rapport Badgley souligne les limitations importantes que ces exigences imposent surtout lorsqu'on les lie avec la règle des quatre médecins mentionnée ci-dessus (à la p. 115):

Sur les 1,348 hôpitaux civils que comptait le Canada en 1976, 789 hôpitaux, soit 58.5 pour cent, n'étaient pas aptes à établir un comité de l'avortement thérapeutique, soit en raison de la spécialisation des traitements fournis dans ces établissements, soit à cause d'un personnel médical insuffisant ou du genre d'installations dont ils disposaient.

De plus, même si un hôpital est autorisé à former un comité de l'avortement thérapeutique, rien dans l'art. 251 ne l'oblige à le faire. Le comité Badgley a découvert qu'en 1976, des 559 hôpitaux généraux qui répondaient aux exigences de procédure

dural requirements of s. 251, only 271 hospitals in Canada, or only 20.1 per cent of the total, had actually established a therapeutic abortion committee (p. 105).

Even though the Badgley Report was issued ten years ago, the relevant statistics do not appear to be out of date. Indeed, Statistics Canada reported that in 1982 the number of hospitals with therapeutic abortion committees had actually fallen to 261. (*Basic Facts on Therapeutic Abortions, Canada: 1982* (1983).) Even more recent data exists for Ontario. In the Powell Report, it was noted that in 1986 only 54 per cent of accredited acute care hospitals in the province had therapeutic abortion committees. In five counties there were no committees at all (p. 24). Of the 95 hospitals with committees, 12 did not do any abortions in 1986 (p. 24).

The Powell Report reveals another serious difficulty with s. 251 procedures. The requirement that therapeutic abortions be performed only in "accredited" or "approved" hospitals effectively means that the practical availability of the exculpatory provisions of subs. (4) may be heavily restricted, even denied, through provincial regulation. In Ontario, for example, the provincial government promulgated O. Reg. 248/70 under *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, c. 322, now R.R.O. 1980, Reg. 865. This regulation provides that therapeutic abortion committees can only be established where there are ten or more members on the active medical staff (Powell Report, at p. 13). A minister of health is not prevented from imposing harsher restrictions. During argument, it was noted that it would even be possible for a provincial government, exercising its legislative authority over public hospitals, to distribute funding for treatment facilities in such a way that no hospital would meet the procedural requirements of s. 251(4). Because of the administrative structure established in s. 251(4) and the related definitions, the "defence" created in the section could be completely wiped out.

de l'art. 251, 271 hôpitaux seulement, au Canada, soit seulement 20,1 pour 100 du total, avaient effectivement formé un comité de l'avortement thérapeutique (à la p. 116).

^a Même si le rapport Badgley remonte à dix ans, les statistiques en cause ne semblent pas périmées. D'ailleurs, Statistique Canada rapportait qu'en 1982 le nombre d'hôpitaux ayant des comités de l'avortement thérapeutique était en fait tombé à 261. (*Principales statistiques sur les avortements thérapeutiques, Canada: 1982* (1983).) Les statistiques pour l'Ontario sont encore plus récentes. Dans le rapport Powell, on mentionne qu'en 1986 seulement 54 pour 100 des hôpitaux accrédités dans la province ayant un département de soins intensifs avaient formé des comités de l'avortement thérapeutique. Dans cinq comtés, il n'y avait ^b aucun comité (à la p. 24). Des 95 hôpitaux ayant des comités, 12 n'avaient pas pratiqué d'avortements en 1986 (à la p. 24).

^c Le rapport Powell révèle que la procédure de l'art. 251 suscite une autre difficulté grave. L'obligation que les avortements thérapeutiques soient ^e seulement pratiqués dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» signifie que le recours en pratique aux dispositions disculpatoires du par. 4 peut être ^f fortement limité et même supprimé par la réglementation provinciale. En Ontario, par exemple, le gouvernement provincial a promulgué le règlement 248/70 en application de *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, chap. 322, maintenant R.R.O. 1980, Reg. 865. Ce règlement porte que des comités de l'avortement thérapeutique ne peuvent être ^g formés que si le personnel médical actif compte dix membres ou plus (rapport Powell, à la p. 13). Rien ^h n'interdit au ministre de la Santé d'imposer des restrictions plus draconiennes. Au cours des plaidoiries, on a rappelé qu'il serait même possible pour un gouvernement provincial, dans l'exercice de son autorité législative sur les hôpitaux publics, de distribuer les fonds pour les soins de santé de ⁱ façon à ce qu'aucun hôpital ne puisse satisfaire aux exigences procédurales du par. 251(4). À cause de la structure administrative établie par le ^j par. 251(4) et des définitions qui s'y rapportent, la «défense» prévue par l'article pourrait disparaître complètement.

A further flaw with the administrative system established in s. 251(4) is the failure to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted. Subsection (4) states simply that a therapeutic abortion committee may grant a certificate when it determines that a continuation of a pregnancy would be likely to endanger the "life or health" of the pregnant woman. It was noted above that "health" is not defined for the purposes of the section. The Crown admitted in its supplementary factum that the medical witnesses at trial testified uniformly that the "health" standard was ambiguous, but the Crown derives comfort from the fact that "the medical witnesses were unanimous in their approval of the broad World Health Organization definition of health". The World Health Organization defines "health" not merely as the absence of disease or infirmity, but as a state of physical, mental and social well-being.

I do not understand how the mere existence of a workable definition of "health" can make the use of the word in s. 251(4) any less ambiguous when that definition is nowhere referred to in the section. There is no evidence that therapeutic abortion committees are commonly applying the World Health Organization definition. Indeed, the Badgley Report indicates that the situation is quite the contrary (p. 20):

There has been no sustained or firm effort in Canada to develop an explicit and operational definition of health, or to apply such a concept directly to the operation of induced abortion. In the absence of such a definition, each physician and each hospital reaches an individual decision on this matter. How the concept of health is variably defined leads to considerable inequity in the distribution and the accessibility of the abortion procedure.

Various expert doctors testified at trial that therapeutic abortion committees apply widely differing definitions of health. For some committees, psychological health is a justification for therapeutic abortion; for others it is not. Some committees routinely refuse abortions to married women

Le régime administratif établi par le par. 251(4) souffre d'une autre faiblesse: l'absence de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé. Le paragraphe (4) dit simplement que le comité de l'avortement thérapeutique peut délivrer un certificat lorsqu'il estime que la poursuite de la grossesse pourrait mettre en danger la «vie ou la santé» de la femme enceinte. On a déjà signalé que le terme «santé» n'est pas défini aux fins de l'article. Le ministère public a reconnu dans son mémoire supplémentaire que, dans leurs dépositions au procès, les témoins médicaux ont tous dit que la norme de la "santé" était ambiguë, mais il trouve un certain réconfort dans le fait que [TRADUCTION] «les témoins médicaux ont unanimement approuvé la définition large du terme santé adoptée par l'Organisation mondiale de la santé». L'Organisation mondiale de la santé définit la «santé» non comme l'absence de maladie ou d'infirmité, mais plutôt comme un état physique, mental et social de bien-être.

Je ne comprends pas comment la simple existence d'une définition utilisable du terme «santé» peut rendre l'emploi de ce terme au par. 251(4) moins ambigu, alors que nulle part dans cet article on ne se réfère à cette définition. Il n'y a pas la moindre preuve que les comités de l'avortement thérapeutique appliquent généralement la définition de l'Organisation mondiale de la santé. En fait, le rapport Badgley révèle que c'est exactement le contraire (à la p. 22):

Aucun effort sérieux et soutenu n'a été fait au Canada pour trouver une définition explicite et fonctionnelle de la santé ou pour appliquer un tel concept à l'avortement provoqué. En l'absence d'une telle définition, chaque médecin et chaque hôpital doit prendre une décision personnelle à ce sujet. Les différentes définitions de la santé ont conduit à des inégalités importantes dans la répartition et l'accessibilité du recours à l'avortement.

Plusieurs médecins sont venus témoigner au procès, à titre d'expert, pour dire que les comités de l'avortement thérapeutique appliquent des définitions fort différentes de la santé. Pour certains comités, la santé psychologique justifie un avortement thérapeutique; pour d'autres non. Certains

unless they are in physical danger, while for other committees it is possible for a married woman to show that she would suffer psychological harm if she continued with a pregnancy, thereby justifying an abortion. It is not typically possible for women to know in advance what standard of health will be applied by any given committee. Parker A.C.J.H.C., at p. 377, found clear evidence that s. 251(4) provided no adequate guidelines for therapeutic abortion committees charged with determining when an abortion should legally be available:

The [Badgley] report, and other evidence adduced in support of this motion, indicates that each therapeutic abortion committee is free to establish its own guidelines and many committees apply arbitrary requirements. Some committees refuse to approve applications for second abortions unless the patient consents to sterilization, others require psychiatric assessment, and others do not grant approval to married women.

It is no answer to say that "health" is a medical term and that doctors who sit on therapeutic abortion committees must simply exercise their professional judgment. A therapeutic abortion committee is a strange hybrid, part medical committee and part legal committee. Again, in the words of Parker A.C.J.H.C., at p. 381:

Given the consequences of the issuing or refusing to issue a certificate, I have some difficulty in reducing the committee's powers to merely that of stating its opinion as to the likelihood of the continuation of the pregnancy endangering the applicant's life or health. The decision of the committee has a very real effect on access to abortion for the pregnant female applicant, and the potential criminal liability of both the applicant and the physician who performs the operation.

When the decision of the therapeutic abortion committee is so directly laden with legal consequences, the absence of any clear legal standard to be applied by the committee in reaching its decision is a serious procedural flaw.

comités refusent habituellement un avortement aux femmes mariées, à moins qu'elles ne soient physiquement en danger, alors que, pour d'autres comités, il est possible à une femme mariée de démontrer qu'elle subirait un préjudice psychologique si la grossesse se poursuivait, et de justifier ainsi un avortement. Il n'est, en général, pas possible que les femmes sachent à l'avance quelle norme de santé un comité donné appliquera. Le juge en chef adjoint Parker, à la p. 377, a jugé que la preuve montrait clairement que le par. 251(4) ne fournit pas de directives adéquates aux comités de l'avortement thérapeutique chargés de décider quand, légalement, il peut y avoir avortement:

[TRADUCTION] Le rapport [Badgley], et d'autres preuves présentées pour étayer cette requête montrent que chaque comité de l'avortement thérapeutique est libre de se doter de ses propres directives et que de nombreux comités ont des exigences arbitraires. Certains comités rejettent les demandes de deuxième avortement, à moins que la patiente ne consente à la stérilisation; d'autres exigent un examen psychiatrique et d'autres encore n'accordent pas d'approbation dans le cas des femmes mariées.

Il ne sert à rien de dire que le terme «santé» est un terme médical et que les médecins qui siègent aux comités de l'avortement thérapeutique ne font qu'exercer leur jugement professionnel. Un comité de l'avortement thérapeutique est un hybride étrange, en partie comité médical et en partie comité légal. Ici encore, pour reprendre les propos du juge en chef adjoint Parker, à la p. 381:

[TRADUCTION] Étant donné les conséquences de la délivrance ou du refus de délivrer un certificat, il m'est difficile de réduire les pouvoirs du comité à une simple déclaration d'opinion sur les risques pour la vie ou la santé de la requérante s'il y a poursuite de la grossesse. La décision du comité a des effets très réels sur l'obtention d'un avortement par la femme enceinte requérante et sur l'éventuelle responsabilité criminelle que pourraient encourir tant la requérante que le médecin qui procède à l'intervention.

Lorsque la décision du comité de l'avortement thérapeutique a des conséquences juridiques aussi directes, l'absence de norme légale claire à appliquer par le comité pour arriver à sa décision constitue un vice de procédure grave.

The combined effect of all of these problems with the procedure stipulated in s. 251 for access to therapeutic abortions is a failure to comply with the principles of fundamental justice. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, Lamer J. held, at p. 503, that "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system". One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory. The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions. When a defence is provided, especially a specifically-tailored defence to a particular charge, it is because the legislator has determined that the disapprobation of society is not warranted when the conditions of the defence are met.

Consider then the case of a pregnant married woman who wishes to apply for a therapeutic abortion certificate because she fears that her psychological health would be impaired seriously if she carried the foetus to term. The uncontroverted evidence reveals that there are many areas in Canada where such a woman would simply not have access to a therapeutic abortion. She may live in an area where no hospital has four doctors; no therapeutic abortion committee can be created. Equally, she may live in a place where the treatment functions of the nearby hospitals do not satisfy the definition of "accredited hospital" in s. 251(6). Or she may live in a province where the provincial government has imposed such stringent requirements on hospitals seeking to create therapeutic abortion committees that no hospital can qualify. Alternatively, our hypothetical woman may confront a therapeutic abortion committee in her local hospital which defines "health" in purely physical terms or which refuses to countenance abortions for married women. In each of these cases, it is the administrative structures and procedures established by s. 251 itself that would in

L'effet combiné de tous ces problèmes et de la procédure établie par l'art. 251 pour l'obtention des avortements thérapeutiques constitue un manquement aux principes de justice fondamentale. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer dit, à la p. 503: «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique». L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit illusoire en pratique. Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière, c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies.

Prenons donc le cas d'une femme mariée enceinte qui désire demander un certificat d'avortement thérapeutique parce qu'elle craint que sa santé psychologique soit gravement atteinte si elle mène le foetus à terme. D'après la preuve indiscutée, il existe de nombreuses régions au Canada où cette femme ne pourrait tout simplement pas obtenir un avortement thérapeutique. Il se peut qu'elle vive dans une région où il n'y a pas d'hôpitaux où exercent quatre médecins; aucun comité d'avortement thérapeutique ne peut être créé. De même, il se peut qu'elle vive dans une région où les traitements qu'assurent les hôpitaux alentour ne répondent pas à la définition d'"hôpital accrédité" du par. 251(6). Ou il se peut qu'elle habite dans une province où le gouvernement provincial a imposé aux hôpitaux désireux de former des comités de l'avortement thérapeutique des conditions si rigoureuses qu'aucun hôpital ne peut y satisfaire. Ou encore, notre femme hypothétique peut avoir affaire à un comité de l'avortement thérapeutique, à l'hôpital local, qui définit la «santé» en termes purement somatiques ou qui refuse d'approuver l'avortement pour les femmes mariées. Dans

practice prevent the woman from gaining the benefit of the defence held out to her in s. 251(4).

The facts indicate that many women do indeed confront these problems. Doctors from the Chedoke-McMaster Hospital in Hamilton testified that they received telephone calls from women throughout Ontario who had applied for therapeutic abortions at local hospitals and been refused. At one point, 80 per cent of abortion patients at Chedoke-McMaster were from outside Hamilton, and the hospital was forced to restrict access for women from outside its catchment area. The Powell Report revealed that in over 50 per cent of Ontario counties in 1986, the majority of women obtaining abortions had the procedure away from their place of residence (p. 7). Even more telling is the fact that "a minimum of 5000 Ontario women obtain abortions each year in free-standing clinics in Canada and the United States" (p. 7).

The Crown argues in its supplementary factum that women who face difficulties in obtaining abortions at home can simply travel elsewhere in Canada to procure a therapeutic abortion. That submission would not be especially troubling if the difficulties facing women were not in large measure created by the procedural requirements of s. 251 itself. If women were seeking anonymity outside their home town or were simply confronting the reality that it is often difficult to obtain medical services in rural areas, it might be appropriate to say "let them travel". But the evidence establishes convincingly that it is the law itself which in many ways prevents access to local therapeutic abortion facilities. The enormous emotional and financial burden placed upon women who must travel long distances from home to obtain an abortion is a burden created in many instances by Parliament. Moreover, it is not accurate to say to women who would seem to qualify under s. 251(4) that they can get a therapeutic abortion as long as

chacun de ces cas, ce sont les structures administratives et la procédure établie par l'art. 251 lui-même qui, en pratique, interdisent à cette femme de se prévaloir de la défense que lui accorde le par. a 251(4).

Les faits démontrent qu'un grand nombre de femmes se trouvent dans une situation de ce genre. Les médecins de l'hôpital Chedoke-McMaster d'Hamilton ont témoigné avoir reçu des appels téléphoniques de femmes de toutes les régions de l'Ontario qui avaient fait sans succès une demande d'avortement thérapeutique aux hôpitaux locaux. À une certaine époque, 80 pour 100 des patientes admises à Chedoke-McMaster pour se faire avorter venaient de l'extérieur d'Hamilton, aussi l'hôpital a-t-il été forcé de limiter l'admission des femmes venant de l'extérieur de la zone qu'il dessert. Le rapport Powell révèle que, dans plus de 50 pour 100 des comtés de l'Ontario, en 1986, la majorité des femmes qui ont obtenu un avortement l'ont fait à l'extérieur de leur lieu de résidence (à la p. 7). Mais, fait plus révélateur encore, [TRANSDUCTION] «un minimum de cinq mille Ontariennes se font chaque année avorter dans des cliniques indépendantes, au Canada et aux États-Unis» (à la p. 7).

Le ministère public soutient, dans son mémoire additionnel, que les femmes qui éprouvent des difficultés à se faire avorter au lieu de leur domicile n'ont qu'à se déplacer pour obtenir un avortement thérapeutique ailleurs au Canada. Cet argument ne serait pas spécialement gênant si les difficultés auxquelles les femmes ont à faire face ne résultaient pas dans une large mesure des exigences procédurales de l'art. 251 lui-même. Si les femmes ne faisaient que rechercher l'anonymat en allant ailleurs ou se trouvaient simplement confrontées aux difficultés habituelles qu'il y a à obtenir des soins médicaux dans les régions rurales, il pourrait être approprié de dire «qu'elles aillent ailleurs». Mais la preuve établit de façon concluante que c'est la loi elle-même qui, de bien des manières, les empêche d'avoir accès aux institutions locales offrant l'avortement thérapeutique. L'énorme fardeau émotionnel et financier imposé aux femmes qui doivent se déplacer loin de chez elles pour obtenir un avortement est un fardeau

they are willing to travel. Ms. Carolyn Egan, administrative co-ordinator of the Birth Control and Venereal Disease Centre of Toronto, testified that many hospitals in Toronto had been forced to establish arbitrary abortion quotas, and that some Toronto hospitals restricted access to women inside the geographical area the hospitals were designated to serve. A woman from outside Toronto could run into serious difficulties attempting to procure a therapeutic abortion in that city. As noted above, the situation in Hamilton is now comparable to that in Toronto, because of the geographic restrictions imposed at the Chedoke-McMaster Hospital. Meanwhile, of course, days and weeks may pass and a woman may ultimately be forced to undergo a more dangerous abortion procedure. Or she may become desperate and choose to travel even further afield, to Quebec or to the United States, to obtain an abortion in a free-standing clinic.

A majority of this Court held in *R. v. Jones*, at p. 304, *per* La Forest J., that:

The provinces must be given room to make choices regarding the type of administrative structure that will suit their needs unless the use of such structure is in itself so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make, as to violate the principles of fundamental justice. [Emphasis in original.]

Similarly, Parliament must be given room to design an appropriate administrative and procedural structure for bringing into operation a particular defence to criminal liability. But if that structure is "so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make, as to violate the principles of fundamental justice", that structure must be struck down. In the present case, the structure — the system regulating access to therapeutic abortions — is manifestly unfair. It contains so many potential barriers to its own operation that the defence it creates will in many circumstances be practically unavailable to women

créé dans bien des cas par le Parlement. En outre, il n'est pas exact de dire aux femmes qui, au départ, sembleraient admissibles en vertu du par. 251(4) qu'elles pourront obtenir un avortement thérapeutique pourvu qu'elles acceptent de se déplacer. Madame Carolyn Egan, coordonnatrice administrative du Birth Control and Venereal Disease Centre de Toronto, a déclaré dans son témoignage que de nombreux hôpitaux de Toronto avaient été forcés de contingenter arbitrairement les avortements et que certains hôpitaux torontois n'admettaient que les femmes résidant dans la zone géographique qu'ils devaient desservir. Une femme de l'extérieur de Toronto peut éprouver de sérieuses difficultés à obtenir un avortement thérapeutique dans cette ville. Comme on l'a dit précédemment, la situation à Hamilton se compare maintenant à celle de Toronto, vu les restrictions géographiques imposées à l'hôpital Chedoke-McMaster. Entre temps, bien entendu, les jours et les semaines passent et une femme peut être finalement obligée de subir un avortement selon une procédure plus dangereuse. Ou elle peut en désespoir de cause choisir d'aller plus loin encore, au Québec ou aux États-Unis, pour obtenir un avortement dans une clinique indépendante.

La Cour, à la majorité, a déjà jugé dans l'arrêt *R. c. Jones*, à la p. 304 (le juge La Forest), que:

Les provinces doivent avoir la possibilité de faire des choix quant au type de structure administrative qui répondra à leurs besoins, à moins que le recours à une telle structure ne soit en lui-même nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale. [Souligné dans l'original.]

De même, le Parlement doit avoir la latitude voulue pour concevoir une structure administrative et procédurale appropriée qui permette à une défense particulière de jouer, afin d'éviter une responsabilité criminelle. Mais, si cette structure est «nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale», elle doit être invalidée. En l'espèce, la structure — le système régissant l'accès aux avortements thérapeutiques — est manifestement injuste. Elle comporte tellement de barrières potentielles à son propre fonctionnement que la défense qu'elle institue sera,

who would *prima facie* qualify for the defence, or at least would force such women to travel great distances at substantial expense and inconvenience in order to benefit from a defence that is held out to be generally available.

I conclude that the procedures created in s. 251 of the *Criminal Code* for obtaining a therapeutic abortion do not comport with the principles of fundamental justice. It is not necessary to determine whether s. 7 also contains a substantive content leading to the conclusion that, in some circumstances at least, the deprivation of a pregnant woman's right to security of the person can never comport with fundamental justice. Simply put, assuming Parliament can act, it must do so properly. For the reasons given earlier, the deprivation of security of the person caused by s. 251 as a whole is not in accordance with the second clause of s. 7. It remains to be seen whether s. 251 can be justified for the purposes of s. 1 of the *Charter*.

V

Section 1 Analysis

Section 1 of the *Charter* can potentially be used to "salvage" a legislative provision which breaches s. 7: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, per Lamer J., at p. 520. The principles governing the necessary analysis under s. 1 were set down in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, and, more precisely, in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. A statutory provision which infringes any section of the *Charter* can only be saved under s. 1 if the party seeking to uphold the provision can demonstrate first, that the objective of the provision is "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 352) and second, that the means chosen in overriding the right or freedom are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. This second aspect ensures that the legislative means are proportional to the legislative ends (*Oakes*, at pp. 139-40). In *Oakes*, at p. 139, the Court referred to three considerations which are typically useful in assessing the

dans de nombreuses circonstances, hors de portée en pratique des femmes qui, au départ, auraient pu s'en prévaloir ou, à tout le moins, forcera ces femmes à se déplacer sur de grandes distances et à subir de grands frais et inconvénients pour bénéficier d'une défense que l'on considère généralement ouverte à tous.

Je conclus que la procédure instituée par l'art. 251 du *Code criminel* pour obtenir un avortement thérapeutique n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il n'est pas nécessaire de déterminer si l'art. 7 a aussi un contenu de droit positif dont on peut conclure que, dans certaines circonstances au moins, l'atteinte au droit d'une femme enceinte à la sécurité de sa personne ne peut jamais s'accorder avec la justice fondamentale. En bref, si l'on présume que le Parlement peut agir, il doit le faire de la façon appropriée. Pour les motifs déjà exposés, l'atteinte à la sécurité de la personne causée par l'art. 251 dans son ensemble n'est pas conforme au second volet de l'art. 7. Il reste à voir si l'art. 251 peut être justifié en raison de l'article premier de la *Charte*.

V

Analyse de l'article premier

L'article premier de la *Charte* peut potentiellement servir à «sauvegarder» une disposition législative qui enfreint l'art. 7: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer, à la p. 520. Les principes régissant l'analyse requise aux termes de l'article premier ont été énoncés dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et, de façon plus précise encore, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Une disposition législative qui enfreint un article de la *Charte* ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier que si la partie qui en soutient la validité peut démontrer, en premier lieu, que l'objectif de la disposition est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 352) et, en second lieu, que les moyens choisis pour l'emporter sur le droit ou la liberté sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Ce second aspect fait en sorte que les moyens législatifs soient propor-

proportionality of means to ends. First, the means chosen to achieve an important objective should be rational, fair and not arbitrary. Second, the legislative means should impair as little as possible the right or freedom under consideration. Third, the effects of the limitation upon the relevant right or freedom should not be out of proportion to the objective sought to be achieved.

The appellants contended that the sole purpose of s. 251 of the *Criminal Code* is to protect the life and health of pregnant women. The respondent Crown submitted that s. 251 seeks to protect not only the life and health of pregnant women, but also the interests of the foetus. On the other hand, the Crown conceded that the Court is not called upon in this appeal to evaluate any claim to "foetal rights" or to assess the meaning of "the right to life". I expressly refrain from so doing. In my view, it is unnecessary for the purpose of deciding this appeal to evaluate or assess "foetal rights" as an independent constitutional value. Nor are we required to measure the full extent of the state's interest in establishing criteria unrelated to the pregnant woman's own priorities and aspirations. What we must do is evaluate the particular balance struck by Parliament in s. 251, as it relates to the priorities and aspirations of pregnant women and the government's interests in the protection of the foetus.

Section 251 provides that foetal interests are not to be protected where the "life or health" of the woman is threatened. Thus, Parliament itself has expressly stated in s. 251 that the "life or health" of pregnant women is paramount. The procedures of s. 251(4) are clearly related to the pregnant woman's "life or health" for that is the very phrase used by the subsection. As McIntyre J. states in his reasons (at p. 155), the aim of s. 251(4) is "to restrict abortion to cases where the continuation of the pregnancy would, or would likely, be injurious

tionnels aux fins législatives (*Oakes*, aux pp. 139-140). Dans l'arrêt *Oakes*, à la p. 139, la Cour se réfère à trois facteurs particulièrement utiles à l'évaluation de la proportionnalité entre les moyens et les fins. En premier lieu, les moyens choisis pour atteindre un objectif important doivent être rationnels, justes et non arbitraires. En second lieu, les moyens législatifs doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause. En troisième lieu, les effets de la restriction du droit ou de la liberté en cause ne doivent pas être disproportionnés par rapport à l'objectif recherché.

Les appelants soutiennent que l'art. 251 du *Code criminel* a pour seul but la protection de la vie et de la santé des femmes enceintes. Le ministre public intimé fait valoir que l'art. 251 cherche à protéger non seulement la vie et la santé des femmes enceintes, mais aussi les intérêts du fœtus. D'autre part, le ministre public a reconnu que la Cour n'est pas invitée en l'espèce à évaluer des arguments relatifs aux «droits du fœtus» ni à déterminer le sens du «droit à la vie». Je m'abstiens expressément de me prononcer à cet égard. À mon avis, il n'est pas nécessaire, pour les besoins de l'espèce, d'évaluer ou de déterminer les «droits du fœtus» en tant que valeur constitutionnelle indépendante. Il n'est pas non plus requis de prendre toute la mesure de l'intérêt qu'a l'État à établir des critères indépendants des propres priorités et aspirations d'une femme enceinte. Ce que nous devons faire, c'est évaluer l'équilibre particulier établi par le Parlement à l'art. 251, dans la mesure où il se rapporte aux priorités et aspirations des femmes enceintes et les intérêts qu'a le gouvernement à protéger le fœtus.

L'article 251 prescrit que les intérêts du fœtus ne doivent pas être protégés lorsque "la vie ou la santé" de la femme est en danger. Le Parlement a donc lui-même expressément déclaré à l'art. 251 que "la vie ou la santé" des femmes enceintes l'emporte. Il est clair que la procédure prévue au par. 251(4) se rapporte à "la vie ou la santé" de la femme enceinte, car c'est l'expression même utilisée dans le paragraphe. Comme le juge McIntyre le dit dans ses motifs (à la p. 155), le but du par. 251(4) vise "à limiter l'avortement aux cas où la

to the life or health of the woman concerned, not to provide unrestricted access to abortion.” I have no difficulty in concluding that the objective of s. 251 as a whole, namely, to balance the competing interests identified by Parliament, is sufficiently important to meet the requirements of the first step in the *Oakes* inquiry under s. 1. I think the protection of the interests of pregnant women is a valid governmental objective, where life and health can be jeopardized by criminal sanctions. Like *Beetz and Wilson JJ.*, I agree that protection of foetal interests by Parliament is also a valid governmental objective. It follows that balancing these interests, with the lives and health of women a major factor, is clearly an important governmental objective. As the Court of Appeal stated at p. 366, “the contemporary view [is] that abortion is not always socially undesirable behavior.”

I am equally convinced, however, that the means chosen to advance the legislative objectives of s. 251 do not satisfy any of the three elements of the proportionality component of *R. v. Oakes*. The evidence has led me to conclude that the infringement of the security of the person of pregnant women caused by s. 251 is not accomplished in accordance with the principles of fundamental justice. It has been demonstrated that the procedures and administrative structures created by s. 251 are often arbitrary and unfair. The procedures established to implement the policy of s. 251 impair s. 7 rights far more than is necessary because they hold out an illusory defence to many women who would *prima facie* qualify under the exculpatory provisions of s. 251(4). In other words, many women whom Parliament professes not to wish to subject to criminal liability will nevertheless be forced by the practical unavailability of the supposed defence to risk liability or to suffer other harm such as a traumatic late abortion caused by the delay inherent in the s. 251 system. Finally, the effects of the limitation upon the s. 7 rights of many pregnant women are out of proportion to the objective sought to be achieved. Indeed, to the

continuation de la grossesse nuirait ou nuirait probablement à la vie ou à la santé de la femme en cause, et non pas à donner la possibilité illimitée de se faire avorter». Il ne m'est donc pas difficile de conclure que l'objectif de l'art. 251 dans son ensemble, soit d'équilibrer les intérêts en concurrence identifiés par le Parlement, est suffisamment important pour répondre aux exigences du premier volet de l'analyse, selon l'arrêt *Oakes*, au regard de l'article premier. Je pense que la protection des intérêts des femmes enceintes est un objectif gouvernemental valide, lorsque la vie et la santé peuvent être mises en danger par des sanctions criminelles. Comme les juges *Beetz et Wilson*, je suis d'accord pour dire que la protection des intérêts du fœtus par le Parlement constitue aussi un objectif gouvernemental valide. Il s'ensuit qu'équilibrer ces intérêts, la vie et la santé des femmes étant un facteur majeur, est clairement un objectif gouvernemental important. Comme la Cour d'appel l'a dit à la p. 366 [TRADUCTION] «le point de vue contemporain [est que] l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible».

Je suis également convaincu, néanmoins, que les moyens choisis pour atteindre les objectifs législatifs de l'art. 251 ne sont conformes à aucun des trois éléments de la proportionnalité énoncée par l'arrêt *R. c. Oakes*. La preuve m'a amené à conclure que l'atteinte à la sécurité de la personne des femmes enceintes causée par l'art. 251 n'est pas conforme avec les principes de justice fondamentale. Il a été démontré que la procédure et les structures administratives instaurées par l'art. 251 sont souvent arbitraires et injustes. La procédure établie pour mettre en œuvre la politique de l'art. 251 porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne fournit qu'une défense illusoire à nombre de femmes qui, *prima facie*, pourraient se prévaloir des dispositions disculpatoires du par. 251(4). En d'autres termes, beaucoup de femmes que le Parlement prétend ne pas vouloir tenir criminellement responsables seront néanmoins forcées, par l'impossibilité pratique de se prévaloir de cette supposée défense, de prendre le risque d'être tenues responsables ou de s'exposer à un autre danger, tel un avortement tardif traumatisant, en raison des délais inhérents au système de l'art. 251. Enfin,

extent that s. 251(4) is designed to protect the life and health of women, the procedures it establishes may actually defeat that objective. The administrative structures of s. 251(4) are so cumbersome that women whose health is endangered by pregnancy may not be able to gain a therapeutic abortion, at least without great trauma, expense and inconvenience.

I conclude, therefore, that the cumbersome structure of subs. (4) not only unduly subordinates the s. 7 rights of pregnant women but may also defeat the value Parliament itself has established as paramount, namely, the life and health of the pregnant woman. As I have noted, counsel for the Crown did contend that one purpose of the procedures required by subs. (4) is to protect the interests of the foetus. State protection of foetal interests may well be deserving of constitutional recognition under s. 1. Still, there can be no escape from the fact that Parliament has failed to establish either a standard or a procedure whereby any such interests might prevail over those of the woman in a fair and non-arbitrary fashion.

Section 251 of the *Criminal Code* cannot be saved, therefore, under s. 1 of the *Charter*.

VI

Defence Counsel's Address to the Jury

In his concluding remarks to the jury at the trial of the appellants, defence counsel asserted:

The judge will tell you what the law is. He will tell you about the ingredients of the offence, what the Crown has to prove, what the defences may be or may not be, and you must take the law from him. But I submit to you that it is up to you and you alone to apply the law to this evidence and you have a right to say it shouldn't be applied.

pour nombre de femmes enceintes, les effets de la limitation des droits garantis par l'art. 7 sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché. D'ailleurs, dans la mesure où le par. 251(4) est conçu pour la protection de la vie et la santé des femmes, la procédure qu'il établit peut, en fait, mettre cet objectif en échec. Les structures administratives du par. 251(4) sont si lourdes que les femmes dont la santé est menacée par leur grossesse peuvent se trouver dans l'impossibilité d'obtenir un avortement thérapeutique, si ce n'est au prix de traumatismes, de dépenses et d'inconvénients majeurs.

Je conclus donc que la structure lourde du par. (4) non seulement assujettit indûment les droits des femmes enceintes en vertu de l'art. 7, mais peut aussi mettre en échec la valeur que le Parlement lui-même a établie comme la plus importante, soit la vie et la santé de la femme enceinte. Comme je l'ai noté, le substitut du procureur général a effectivement plaidé que l'un des buts de la procédure établie par le par. (4) est de protéger les intérêts du fœtus. La protection des intérêts du fœtus par l'État peut bien mériter une reconnaissance constitutionnelle en vertu de l'article premier. Cependant, on ne peut échapper au fait que le Parlement a omis d'établir soit une norme soit une procédure par laquelle de tels intérêts pourraient prévaloir sur ceux de la femme d'une façon juste et non arbitraire.

L'article 251 du *Code criminel* ne peut donc être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*.

VI

La plaidoirie de l'avocat de la défense à l'intention du jury

En terminant sa plaidoirie au procès des appelants, l'avocat de la défense, s'adressant au jury, a déclaré:

[TRADUCTION] Le juge va vous dire quel est le droit. Il vous dira quels éléments composent l'infraction, ce que le ministère public doit prouver, quelles défenses sont ou ne sont pas admissibles, et vous devez prendre son énoncé du droit. Mais moi je vous dis que c'est à vous, et à vous seul, d'appliquer le droit à ces éléments de preuve et vous avez le droit de dire qu'il ne devrait pas être appliqué.

The burden of his argument was that the jury should not apply s. 251 if they thought that it was a bad law, and that, in refusing to apply the law, they could send a signal to Parliament that the law should be changed. Although my disposition of the appeal makes it unnecessary, strictly speaking, to review Mr. Manning's argument before the jury, I find the argument so troubling that I feel compelled to comment.

It has long been settled in Anglo-Canadian criminal law that in a trial before judge and jury, the judge's role is to state the law and the jury's role is to apply that law to the facts of the case. In *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121 (P.C.), at p. 130, Lord Oaksey enunciated the principle succinctly:

It is a general principle of British law that on a trial by jury it is for the judge to direct the jury on the law and in so far as he thinks necessary on the facts, but the jury, whilst they must take the law from the judge, are the sole judges on the facts.

The jury is one of the great protectors of the citizen because it is composed of twelve persons who collectively express the common sense of the community. But the jury members are not expert in the law, and for that reason they must be guided by the judge on questions of law.

The contrary principle contended for by Mr. Manning, that a jury may be encouraged to ignore a law it does not like, could lead to gross inequities. One accused could be convicted by a jury who supported the existing law, while another person indicted for the same offence could be acquitted by a jury who, with reformist zeal, wished to express disapproval of the same law. Moreover, a jury could decide that although the law pointed to a conviction, the jury would simply refuse to apply the law to an accused for whom it had sympathy. Alternatively, a jury who feels antipathy towards an accused might convict despite a law which points to acquittal. To give a harsh but I think telling example, a jury fueled by the passions of racism could be told that they need not apply the law against murder to a white man who had killed a black man. Such a possibility need only be stated to reveal the potentially frightening implications of

Essentiellement, cette plaidoirie soutient que le jury ne devrait pas appliquer l'art. 251 s'il pense qu'il s'agit d'une mauvaise loi et que, en refusant d'appliquer la loi, il signale au Parlement qu'il faut la changer. Quoique, vu la façon dont je me prononce en l'espèce, il ne me soit pas nécessaire, à strictement parler, d'examiner la plaidoirie de M^e Manning devant le jury, l'argument m'a paru si troublant que je me sens obligé de le commenter.

Il est établi depuis longtemps en droit criminel anglo-canadien que, dans un procès devant un juge et un jury, le rôle du juge consiste à dire le droit et celui du jury à appliquer ce droit aux faits de l'espèce. Dans l'arrêt *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121 (C.P.), à la p. 130, Lord Oaksey énonce succinctement ce principe:

[TRADUCTION] C'est un principe général du droit britannique qu'au cours d'un procès par jury, il appartient au juge d'instruire le jury sur le droit et, dans la mesure où il l'estime nécessaire, sur les faits, mais que le jury, s'il doit prendre le droit tel qu'il lui est dicté par le juge, reste seul juge des faits.

Le jury est l'un des grands protecteurs du citoyen puisqu'il est composé de douze personnes qui expriment collectivement le bon sens de la société. Mais les membres du jury ne sont pas des experts en droit et, pour cette raison, ils doivent être guidés par le juge sur les questions de droit.

Le principe contraire avancé par M^e Manning selon lequel on peut encourager le jury à ignorer une règle de droit qu'il n'aime pas, pourrait conduire à de graves inéquités. Un jury pourrait appliquer le droit en vigueur et condamner un accusé alors qu'un autre jury, plein de zèle réformiste, acquitterait un autre inculpé de la même infraction pour exprimer sa désapprobation du même principe. En outre, le jury pourrait décider que, si la loi oblige à condamner, il refuse néanmoins d'appliquer la loi à un accusé sympathique. Au contraire, un jury auquel un accusé est antipathique pourrait le condamner, en dépit de la loi qui exige l'acquittement. Pour donner un exemple brutal mais, me semble-t-il, frappant, un jury entraîné par les passions du racisme pourrait se faire dire qu'il n'a pas à appliquer, à un blanc qui a tué un noir, la loi qui interdit le meurtre. Il suffit d'évoquer cette possibilité pour saisir les répercussions potentielle-

Mr. Manning's assertions. The dangerous argument that a jury may be encouraged to disregard the law was castigated as long ago as 1784 by Lord Mansfield in a criminal libel case, *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, at p. 824:

So the jury who usurp the judicature of law, though they happen to be right, are themselves wrong, because they are right by chance only, and have not taken the constitutional way of deciding the question. It is the duty of the Judge, in all cases of general justice, to tell the jury how to do right, though they have it in their power to do wrong, which is a matter entirely between God and their own consciences.

To be free is to live under a government by law . . . Miserable is the condition of individuals, dangerous is the condition of the State, if there is no certain law, or, which is the same thing, no certain administration of law, to protect individuals, or to guard the State.

In opposition to this, what is contended for? — That the law shall be, in every particular cause, what any twelve men, who shall happen to be the jury, shall be inclined to think; liable to no review, and subject to no control, under all the prejudices of the popular cry of the day, and under all the bias of interest in this town, where thousands, more or less, are concerned in the publication of newspapers, paragraphs, and pamphlets. Under such an administration of law, no man could tell, no counsel could advise, whether a paper was or was not punishable.

I can only add my support to that eloquent statement of principle.

It is no doubt true that juries have a *de facto* power to disregard the law as stated to the jury by the judge. We cannot enter the jury room. The jury is never called upon to explain the reasons which lie behind a verdict. It may even be true that in some limited circumstances the private decision of a jury to refuse to apply the law will constitute, in the words of a Law Reform Commission of Canada working paper, "the citizen's ultimate protection against oppressive laws and the oppressive enforcement of the law" (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980)). But recognizing this reality is a far cry from suggesting that coun-

ment effrayantes des assertions de M^c Manning. Lord Mansfield critiquait déjà en 1784 ce dangereux argument qu'un jury peut être encouragé à ne pas tenir compte de la loi dans une affaire de libelle criminel dans l'arrêt *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, à la p. 824:

[TRADUCTION] Ainsi le jury qui usurpe le pouvoir de se prononcer sur la loi, même s'il se trouve à juger bien, a néanmoins tort, parce qu'il juge bien par pur hasard, sans emprunter la façon constitutionnelle de trancher la question. C'est le devoir du juge, dans toutes les affaires de droit commun, de dire aux jurés comment rendre justice, bien qu'il soit en leur pouvoir de ne pas la rendre, ce qui est une affaire entièrement entre Dieu et leur propre conscience.

Être libre, c'est vivre sous la tutelle de la loi [. . .] Misérable est la condition des individus, dangereuse est celle de l'État, si aucune loi n'est certaine ou, ce qui revient au même, s'il n'y a aucune certitude qu'elle sera appliquée pour protéger les individus ou garder l'État.

Contre cela que prétend-on? — Que la loi doit être, dans chaque cas particulier, ce que douze hommes, dont le hasard a voulu qu'ils forment le jury, sont enclins à penser; et cela sans qu'aucun appel ne soit possible, hors de tout contrôle, sous l'influence de tous les préjugés de la rumeur publique du jour et de la partialité engendrée par l'intérêt dans cette ville alors que des milliers, à peu de chose près, ont intérêt à ce que soient publiés journaux, brochures et dépliants. Selon une telle application de la loi, nul ne pourrait dire, aucun avocat ne pourrait donner pour avis qu'un article est ou non sujet à sanction.

Je ne puis que souscrire à cet énoncé éloquent du principe.

Certes, il est vrai que le jury jouit *de facto* du pouvoir de ne pas tenir compte des règles de droit que lui dicte le juge. Nous ne pouvons pénétrer dans la salle des délibérations du jury. Le jury n'a jamais à expliquer les raisons qui sous-tendent son verdict. Il se peut même que, dans certaines circonstances limitées, la décision secrète d'un jury de refuser d'appliquer la loi fasse de lui, pour reprendre les termes du document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada: le "protecteur ultime des citoyens contre l'application arbitraire de la loi et contre l'oppression du gouvernement" (C.R.D.C., Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980)). Mais reconnaître

sel may encourage a jury to ignore a law they do not support or to tell a jury that it has a right to do so. The difference between accepting the reality of *de facto* discretion in applying the law and elevating such discretion to the level of a right was stated clearly by the United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, in *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972), *per* Leventhal J., at p. 1134:

The jury system has worked out reasonably well overall, providing “play in the joints” that imparts flexibility and avoid[s] undue rigidity. An equilibrium has evolved — an often marvelous balance — with the jury acting as a “safety valve” for exceptional cases, without being a wildcat or runaway institution. There is reason to believe that the simultaneous achievement of modest jury equity and avoidance of intolerable caprice depends on formal instructions that do not expressly delineate a jury charter to carve out its own rules of law.

To accept Mr. Manning’s argument that defence counsel should be able to encourage juries to ignore the law would be to disturb the “marvelous balance” of our system of criminal trials before a judge and jury. Such a disturbance would be irresponsible. I agree with the trial judge and with the Court of Appeal that Mr. Manning was quite simply wrong to say to the jury that if they did not like the law they need not enforce it. He should not have done so.

VII

Conclusion

Section 251 of the *Criminal Code* infringes the right to security of the person of many pregnant women. The procedures and administrative structures established in the section to provide for therapeutic abortions do not comply with the principles of fundamental justice. Section 7 of the *Charter* is infringed and that infringement cannot be saved under s. 1.

In oral argument, counsel for the Crown submitted that if the Court were to hold that procedural aspects of s. 251 infringed the *Charter*, only the procedures set out in the section should be struck

ce fait est très loin de suggérer qu’un avocat peut encourager un jury à méconnaître une loi qui ne lui plaît pas ou à lui dire qu’il a le droit de le faire. La différence entre l’acceptation du pouvoir discrétionnaire *de facto* d’appliquer la loi et l’élévation de ce pouvoir au niveau d’un droit a été exposée clairement par la United States Court of Appeals du district de Columbia, dans l’arrêt *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972), le juge Leventhal, à la p. 1134:

[TRADUCTION] Le système du jury fonctionne raisonnablement bien pourvu qu’il y ait «du jeu entre les joints» garantissant sa souplesse et évitant une trop grande rigidité. Un équilibre s’est établi — un équilibre souvent merveilleux — le jury servant de «soupape» dans des cas exceptionnels, sans aller jusqu’à se comporter comme un cheval fou ou comme une machine emballée. On aura raison de croire, pour que le jury arrive simultanément à faire modestement preuve d’équité et à éviter certains caprices intolérables, que cela dépend d’instructions formelles ne délimitant pas expressément une charte par laquelle le jury se doterait de ses propres règles de droit.

Accepter l’argument de M^e Manning, qu’un avocat de la défense devrait pouvoir encourager le jury à méconnaître le droit, romprait le «merveilleux équilibre» de notre système de procès criminels par juge et jury. Un tel changement serait irresponsable. Je partage l’avis du juge du procès et de la Cour d’appel que M^e Manning a tout simplement eu tort de dire au jury que si la loi ne lui plaisait pas, il pouvait ne pas l’appliquer. Il n’aurait pas dû le faire.

VII

Conclusion

L’article 251 du *Code criminel* porte atteinte au droit à la sécurité de la personne d’un grand nombre de femmes enceintes. La procédure et les structures administratives établies par l’article pour obtenir des avortements thérapeutiques ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale. Il y a atteinte à l’art. 7 de la *Charte*, atteinte que l’article premier ne saurait permettre.

Au cours des plaidoiries, l’avocat du ministère public a fait valoir que si la Cour devait juger que l’aspect procédural de l’art. 251 enfreignait la *Charte*, seule la procédure établie par l’article

down, that is subs. (4) and (5). After being pressed with questions from the bench, Ms. Wein conceded that the whole of s. 251 should fall if it infringed s. 7. Mr. Blacklock for the Attorney General of Canada took the same position. This was a wise approach, for in *Morgentaler (1975)*, at p. 676, the Court held that “s. 251 contains a comprehensive code on the subject of abortions, unitary and complete within itself”. Having found that this “comprehensive code” infringes the *Charter*, it is not the role of the Court to pick and choose among the various aspects of s. 251 so as effectively to re-draft the section. The appeal should therefore be allowed and s. 251 as a whole struck down under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The first constitutional question is therefore answered in the affirmative as regards s. 7 of the *Charter* only. The second question, as regards s. 7 of the *Charter* only, is answered in the negative. Questions 3, 4 and 5 are answered in the negative. I answer question 6 in the manner proposed by Beetz J. It is not necessary to answer question 7.

The reasons of Beetz and Estey JJ. were delivered by

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by the Chief Justice, as well as the reasons written by Justice McIntyre and Justice Wilson.

I agree with the Chief Justice and Wilson J. that this case finds its resolution in the answers to the first two constitutional questions stated by the Chief Justice in so far as those questions relate to s. 7 and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although the greatest part of my reasons is devoted to responding to the first two constitutional questions, I consider it necessary to answer the sixth constitutional question concerning the validity of s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, under the *Charter* in order to establish the Crown's right to appeal the verdict of acquittal in this case. Finally, I have decided that it is appropriate to address the appellants' arguments pertaining to s. 91(27) and s. 96 of the

devrait alors être annulée, soit les par. (4) et (5). Pressée de questions par la Cour, M^e Wein a finalement concédé que tout l'art. 251 doit tomber s'il enfreint l'art. 7. M^e Blacklock a pris la même position au nom du procureur général du Canada. C'était fort sage, car dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 676, la Cour a jugé que: «l'art. 251 est un code sur l'avortement, un code entier et complet en lui-même». Ayant jugé que ce «code entier» enfreint la *Charte*, il n'appartient pas à la Cour de sélectionner divers aspects de l'art. 251 pour, en fait, réécrire l'article. Le pourvoi doit donc être accueilli et l'art. 251, en son entier, annulé en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La première question constitutionnelle reçoit donc une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte* uniquement. La deuxième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte* uniquement. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. Je réponds à la sixième question comme le propose le juge Beetz. Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

Version française des motifs des juges Beetz et Estey rendus par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs rédigés par le Juge en chef, ainsi que de ceux rédigés par le juge McIntyre et par le juge Wilson.

Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Wilson pour dire que cette affaire trouve sa solution dans les réponses aux deux premières questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef, dans la mesure où ces questions concernent l'art. 7 et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quoique la plus grande partie de mes motifs soit consacrée à répondre aux deux premières questions constitutionnelles, je considère qu'il est nécessaire de répondre à la sixième question constitutionnelle qui porte sur la validité de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, aux termes de la *Charte* afin d'établir le droit de la poursuite d'en appeler du verdict d'acquiescement en l'espèce. Enfin, j'ai décidé qu'il

Constitution Act, 1867, as well as the argument that s. 251 of the *Criminal Code* is in effect an unconstitutional delegation of legislative power.

Like the Chief Justice and Wilson J., I would allow the appeal and answer the first constitutional question in the affirmative and the second constitutional question in the negative. This however is a result which I reach for reasons which differ from those of the Chief Justice and those of Wilson J.

I find it convenient to outline at the outset the steps which lead me to this result:

I — Before the advent of the *Charter*, Parliament recognized, in adopting s. 251(4)(c) of the *Criminal Code*, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when “the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health”. In my view, this standard in s. 251(4) became entrenched at least as a minimum when the “right to life, liberty and security of the person” was enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at s. 7.

II — “Security of the person” within the meaning of s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a pregnant woman whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, her right to security of the person has been violated.

III — According to the evidence, the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* significantly delay pregnant women’s access to medical treatment resulting in an additional danger to their health, thereby depriving them of their right to security of the person.

était approprié d’analyser les arguments des appelants relativement au par. 91(27) et à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même que l’argument selon lequel l’art. 251 du *Code criminel* est en fait une délégation inconstitutionnelle du pouvoir législatif.

À l’instar du Juge en chef et du juge Wilson, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de répondre à la première question constitutionnelle par l’affirmative et à la seconde par la négative. J’arrive cependant à ce résultat pour des motifs différents de ceux du Juge en chef et de ceux du juge Wilson.

Il me paraît utile d’exposer dès le départ la démarche qui m’a conduit à ce résultat:

I — Avant l’avènement de la *Charte*, le législateur fédéral a reconnu, en adoptant l’al. 251(4)c) du *Code criminel*, que l’intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l’emporte sur celui qu’il y a à interdire les avortements, y compris l’intérêt qu’a l’État dans la protection du fœtus, lorsque «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière». À mon avis, ce critère du par. 251(4) a été consacré au moins comme un minimum lorsque le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne» a été enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l’art. 7.

II — L’expression «sécurité de la personne», au sens de l’art. 7 de la *Charte*, doit inclure le droit au traitement médical d’un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une femme enceinte dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d’une part, la perpétration d’un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d’autre part, un traitement inadéquat, voire aucun traitement, son droit à la sécurité de sa personne a été violé.

III — D’après la preuve soumise, les exigences que pose l’art. 251 du *Code criminel* en matière de procédure ont pour effet de retarder sensiblement l’obtention par les femmes enceintes d’un traitement médical, ce qui cause un danger additionnel pour leur santé et porte atteinte, par le fait même, à leur droit à la sécurité de leur personne.

IV — The deprivation referred to in the preceding proposition does not accord with the principles of fundamental justice. While Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion as to the “life or health” of the pregnant woman in order to protect the state interest in the foetus, and while any such statutory mechanism will inevitably result in some delay, certain of the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* are nevertheless manifestly unfair. These requirements are manifestly unfair in that they are unnecessary in respect of Parliament’s objectives in establishing the administrative structure and that they result in additional risks to the health of pregnant women.

V — The primary objective of s. 251 of the *Criminal Code* is the protection of the foetus. The protection of the life and health of the pregnant woman is an ancillary objective. The primary objective does relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society and which, pursuant to s. 1 of the *Charter*, justify reasonable limits to be put on a woman’s right. However, rules unnecessary in respect of the primary and ancillary objectives which they are designed to serve, such as some of the rules contained in s. 251, cannot be said to be rationally connected to these objectives under s. 1 of the *Charter*. Consequently, s. 251 does not constitute a reasonable limit to the security of the person.

It is not necessary to decide whether there is a proportionality between the effects of s. 251 and the objective of protecting the foetus, nor is it necessary to answer the question concerning the circumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the objective of the protection of the foetus. But I feel bound to observe that the objective of protecting the foetus would not justify the severity of the breach of pregnant women’s right to security of the person which would result if the exculpatory provision of s. 251 was completely removed from the *Criminal Code*. However, a rule that would require a higher degree of danger to health in the

IV – L’atteinte mentionnée dans la proposition précédente n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Quoique le Parlement soit justifié d’exiger une opinion médicale éclairée, indépendante et fiable relativement à «la vie ou la santé» de la femme enceinte pour protéger l’intérêt qu’a l’État à l’égard du fœtus et quoiqu’un tel dispositif législatif entraîne inévitablement des délais, certaines des exigences en matière de procédure posées par l’art. 251 du *Code criminel* sont nettement injustes. Ces exigences sont nettement injustes en ce sens qu’elles sont inutiles au regard des objectifs poursuivis par le Parlement en établissant la structure administrative et qu’elles entraînent des risques additionnels pour la santé des femmes enceintes.

V – L’objectif premier de l’art. 251 du *Code criminel* est la protection du fœtus. La protection de la vie et de la santé de la femme enceinte est un objectif secondaire. L’objectif premier touche effectivement à des questions qui sont urgentes et importantes dans une société libre et démocratique et qui, conformément à l’article premier de la *Charte*, justifient que des limites raisonnables soient imposées au droit d’une femme. Toutefois, on ne peut dire que les règles inutiles aux fins des objectifs premier et secondaire qu’elles sont censées appuyer, comme certaines des règles de l’art. 251, ont un lien rationnel avec ces objectifs aux termes de l’article premier de la *Charte*. Par conséquent, l’art. 251 ne constitue pas une limite raisonnable à la sécurité de la personne.

Il n’est pas nécessaire de décider s’il existe une proportionnalité entre les effets de l’art. 251 et l’objectif de la protection du fœtus pas plus qu’il est nécessaire de répondre à la question relative aux circonstances dans lesquelles il y a proportionnalité entre les effets de l’art. 251 qui limite le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne et l’objectif de la protection du fœtus. Mais je tiens à souligner que l’objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas la gravité de la violation du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne qui se produirait si la disposition disculpatoire de l’art. 251 était totalement exclue du *Code criminel*. Toutefois, une règle qui imposerait que la santé soit plus gravement mena-

latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful, could possibly achieve a proportionality which would be acceptable under s. 1 of the *Charter*.

I — Section 251 of the *Criminal Code*

Section 251 of the *Criminal Code* provides:

251. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

- (a) the administration of a drug or other noxious thing,
- (b) the use of an instrument, and
- (c) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

(b) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (a) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage,

if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(5) The Minister of Health of a province may by order

cée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers mois pour qu'un avortement soit licite, pourrait atteindre un degré de proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier de la

a *Charte*.

I — L'article 251 du *Code criminel*

L'article 251 du *Code criminel* prévoit:

251. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

d (3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

a l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,

b l'emploi d'un instrument, et

e *c* toute manipulation.

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou

b à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa *a* aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

j (5) Le ministre de la Santé d'une province peut, par ordonnance,

- (a) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(c) issued by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or
- (b) require a medical practitioner who, in that province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(c), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.
- (6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection
- “accredited hospital” means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;
- “approved hospital” means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;
- “board” means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;
- “Minister of Health” means
- (a) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,
- (a.1) in the Province of Alberta, the Minister of Hospitals and Medical Care,
- (b) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,
- (c) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and
- (d) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;
- “qualified medical practitioner” means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;
- a) requérir un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un membre de ce comité, de lui fournir une copie d'un certificat mentionné à l'alinéa (4)c) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet des circonstances entourant l'émission de ce certificat, ou
- b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l'avortement d'une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l'alinéa (4)c), de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet de l'obtention de l'avortement.
- (6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,
- «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;
- «conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d'administration ou les trustees, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d'un hôpital accrédité ou approuvé;
- «hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;
- «hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;
- «médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l'hôpital mentionné au paragraphe (4);
- «ministre de la Santé» désigne
- a) dans la province d'Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé;
- a.1) dans la province d'Alberta, le ministre de la Santé (hôpitaux et assurance-maladie);
- b) dans la province de Colombie-Britannique, le ministre des Services de santé et de l'assurance-hospitalisation,
- c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,

“therapeutic abortion committee” for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

Subsection (1) defines the indictable offence committed when a person uses any means for the purpose of carrying out his or her intention of procuring the miscarriage of a female person. Subsection (2) states that a pregnant woman who uses any means or permits any means to be used for the purpose of procuring her own miscarriage is guilty of an indictable offence with a lesser maximum penalty. Subsection (3) defines the expression “means” for s. 251.

Subsection (4), when read in conjunction with subs. (5), (6) and (7), outlines the circumstances in which an abortion can be lawfully performed. For the purposes of this appeal in which the existence of a constitutional right of access to abortion and the extent of that right is in issue, it is of special importance to understand the circumstances in which Parliament decriminalized abortion and thereby rendered it available without criminal sanction under ordinary law. Indeed, before the advent of the *Charter*, Parliament recognized that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the pregnant woman’s life or health. Access to lawful abortion under the *Criminal Code*, albeit in limited circumstances, exists independently of any right which may or may not be founded upon the *Charter*.

As its opening words make plain, subs. (4) is an exculpatory provision: subs. (1) and (2), which

d) dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s’interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d’obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu’en vertu de la présente loi, avant l’emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l’avortement d’une personne du sexe féminin.

Le paragraphe (1) définit l’acte criminel commis lorsqu’une personne recourt à un moyen quelconque pour réaliser son intention de procurer l’avortement d’une personne du sexe féminin. Le paragraphe (2) stipule qu’une femme enceinte qui emploie, ou permet que soit employé, un moyen quelconque pour réaliser son intention d’obtenir son propre avortement est coupable d’un acte criminel assorti d’une peine maximale moindre. Le paragraphe (3) définit ce que comprend l’expression «moyen» aux fins de l’art. 251.

Le paragraphe (4), conjugué aux par. (5), (6) et (7), décrit les circonstances dans lesquelles un avortement peut être légalement pratiqué. Pour les fins du présent pourvoi où l’existence d’un droit constitutionnel à l’avortement et l’étendue de ce droit sont en cause, il est particulièrement important de comprendre les circonstances dans lesquelles le Parlement a décriminalisé l’avortement et l’a ainsi rendu possible sans que l’on s’expose à des sanctions criminelles en vertu de la loi. Avant même l’avènement de la *Charte*, le Parlement a reconnu que l’intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l’emporte sur celui qu’il y a à interdire les avortements, y compris l’intérêt qu’a l’État dans la protection du foetus, lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme enceinte. La possibilité d’obtenir un avortement licite en vertu du *Code criminel*, quoique dans des circonstances limitées, existe indépendamment de tout droit pouvant ou non être fondé sur la *Charte*.

Comme il ressort clairement de son exorde, le par. (4) est une disposition disculpatoire: les par.

indicate when conduct related to procuring a miscarriage is an indictable offence, "do not apply" when the terms of subs. (4) are respected. Until section 18 of the *Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, added subs. (4), (5), (6) and (7), there was no statutory exception to the crime of abortion. In the case at bar, the Ontario Court of Appeal (1985), 52 O.R. (2d) 353, explained the historical significance of the adoption in 1969 of these exculpatory provisions in the following terms, at p. 366:

By defining criminal conduct more narrowly, these amendments reflected the contemporary view that abortion is not always socially undesirable behaviour.

Access to abortion without risk of criminal penalty under the *Criminal Code* is expressed by Parliament in subs. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 as relieving provisions in respect of the indictable offences defined at s. 251(1) and (2). According to Laskin C.J. (dissenting) in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 [hereinafter "*Morgentaler (1975)*"], these relieving provisions "simply permit a person to make conduct lawful which would otherwise be unlawful" (at p. 631). In the same case, Pigeon J. said that in 1969 "an explicit and specific definition was made of the circumstances under which an abortion could lawfully be performed" (at p. 660).

What is important, for our purposes, in considering subs. (4) is not, of course, the name we give to the exculpatory rule but the rule itself: Parliament has recognized that circumstances exist in which an abortion can be procured lawfully. The Court of Appeal observed, *supra*, at p. 378:

A woman's only right to an abortion at the time the Charter came into force would accordingly appear to be that given to her by s-s. (4) of s. 251.

Given that it appears in a criminal law statute, s. 251(4) cannot be said to create a "right", much less a constitutional right, but it does represent an exception decreed by Parliament pursuant to what the Court of Appeal aptly called "the contempo-

(1) et (2), qui indiquent quand un comportement lié à une interruption de grossesse est un acte criminel, «ne s'appliquent pas» lorsque les conditions du par. (4) sont remplies. Jusqu'à ce que l'art. 18 de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, chap. 38, ajoute les par. (4), (5), (6) et (7), il n'y avait aucune exception légale au crime d'avortement. En l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 52 O.R. (2d) 353, explique la signification historique de l'adoption, en 1969, de ces dispositions disculpatoires dans les termes suivants, à la p. 366:

[TRADUCTION] En définissant la conduite criminelle plus étroitement, ces modifications reflétaient le point de vue contemporain selon lequel l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible.

La possibilité d'obtenir un avortement, sans s'exposer à une peine criminelle en vertu du *Code criminel*, est exprimée par le législateur aux par. 251(4), (5), (6) et (7), sous la forme de clauses d'exception relativement aux actes criminels définis aux par. 251(1) et (2). Selon le juge en chef Laskin (dissident) dans l'affaire *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 [ci-après l'arrêt "*Morgentaler (1975)*"], ces clauses d'exception «permettent simplement de poser légalement un geste qui autrement serait illégal» (à la p. 631). Dans la même affaire, le juge Pigeon affirme qu'en 1969 «les circonstances requises pour qu'un avortement puisse être légalement pratiqué ont été définies de façon explicite et spécifique» (à la p. 660).

Ce qui importe lors de l'étude du par. (4), ce n'est pas, bien entendu, l'appellation donnée à la règle disculpatoire mais la règle elle-même: le législateur a reconnu qu'il y a des circonstances dans lesquelles un avortement peut être pratiqué licitement. La Cour d'appel fait observer dans son arrêt, précité, à la p. 378:

[TRADUCTION] Le seul droit à l'avortement que possédait une femme à l'époque où la Charte est entrée en vigueur, semblerait donc être celui que lui conférait le par. 251(4).

Étant donné qu'il se trouve dans une loi traitant de droit criminel, on ne saurait dire que le par. 251(4) crée un «droit», encore moins un droit constitutionnel; mais il représente néanmoins une exception, décrétée par le législateur conformément à ce que

rary view that abortion is not always socially undesirable behaviour". Examining the content of the rule by which Parliament decriminalizes abortion is the most appropriate first step in considering the validity of s. 251 as against the constitutional right to abortion alleged by the appellants in argument.

By enacting subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 in 1969, Parliament endeavoured to decriminalize abortion in one circumstance, described in substantive terms in s. 251(4)(c): when the continuation of the pregnancy of the woman would or would be likely to endanger her life or health. This is the crux of the exception. This is the circumstance in which Parliament decided to allow women to procure a miscarriage without criminal sanction either for themselves or for their doctors. Laskin C.J. referred to this "would or would be likely to endanger her life or health" element in s. 251(4)(c) as the "standard in s. 251(4)" in *Morgentaler* (1975), *supra*, at p. 629.

The remaining provisions of subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 are designed to ascertain whether the standard has been met in a given case. To employ the expression of the Attorney General of Canada who intervened in this case in defence of s. 251, these provisions were designed, in part, "to allow relief from criminal sanction where there is a reliable, independent and medically sound judgment that the life or health of the mother would be or would likely be endangered . . ." Section 251(4)(a) requires, for example, that a therapeutic abortion committee give its opinion in writing that the standard has been met. The committee is comprised of not less than three qualified medical practitioners appointed by the board of the hospital where the treatment would take place. The qualified medical practitioner who would perform the abortion may not be a member of a therapeutic abortion committee for any hospital. The opinion must be that of the majority of the members of the committee and must be made by certificate in writing and given to the practitioner who, accord-

la Cour d'appel a, à juste titre, appelé [TRADUCTION] «le point de vue contemporain selon lequel l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible». L'examen du contenu de la règle par laquelle le législateur décriminalise l'avortement est la démarche la plus appropriée qu'il convient d'adopter, dans un premier temps, lorsqu'il s'agit d'étudier la validité de l'art. 251 par rapport au droit constitutionnel à l'avortement allégué par les appelants au cours du débat.

En adoptant les par. 251(4), (5), (6) et (7) en 1969, le législateur a tenté de décriminaliser l'avortement dans un cas, décrit en substance à l'al. 251(4)(c): lorsque la continuation de la grossesse de la femme mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa santé. C'est là le cœur de l'exception. C'est là la circonstance dans laquelle le législateur a décidé d'autoriser les femmes à se faire avorter, sans que ni elles ni leurs médecins n'encourent de sanctions criminelles. Le juge en chef Laskin qualifie les mots «mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière» de l'al. 251(4)(c) de «critère du par. (4) de l'art. 251», dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), précité, à la p. 629.

Les autres dispositions des par. 251(4), (5), (6) et (7) ont été conçues afin d'assurer que le critère soit respecté dans un cas donné. Pour reprendre les termes du procureur général du Canada, qui est intervenu en l'espèce pour défendre l'art. 251, ces dispositions ont été conçues en partie [TRADUCTION] «pour permettre d'échapper aux sanctions criminelles en cas de jugement médical éclairé, fiable et indépendant que la vie ou la santé de la mère serait ou serait probablement en danger . . .» L'alinéa 251(4)a exige, par exemple, qu'un comité de l'avortement thérapeutique déclare par écrit qu'à son avis ce critère est respecté. Le comité se compose d'au moins trois médecins qualifiés, nommés par le conseil de l'hôpital où le traitement sera éventuellement donné. Le médecin qualifié qui, le cas échéant, pratiquera l'avortement ne peut être membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital que ce soit. L'avis du comité doit être celui de la majorité de ses membres et il doit être donné par certificat remis au médecin qui ne doit pas avoir de raison de

ing to s. 251(4)(a), must be in “good faith” and, consequently, have no reason to believe that the standard in s. 251(4)(c) has not been met. The Minister of Health of the province in which the certificate was issued may by order require the therapeutic abortion committee to furnish him with a copy of the certificate. Other aspects of s. 251(4) are designed to ensure the safety of the abortion itself after the standard has been met and after the certificate to this effect has been issued enabling the woman to have a lawful abortion. These include the requirements that the practitioner be properly qualified and that the abortion be carried out in an accredited or approved hospital.

Overall, the procedure set forth at s. 251(4) is in place to ensure that the standard of the exception — that the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the pregnant woman’s health — is met before Parliament will allow an abortion to be performed without punishment. Parliament will protect the life and health of the pregnant woman by allowing her access to an abortion when it has been established, through the means selected by Parliament, that her life or health would or would likely be in danger if her pregnancy continued. The other provisions in s. 251(4), though necessary for an abortion to be lawful, were enacted to ensure that the standard was met and that, once met, the lawful abortion would be performed safely. These other rules are a means to an end and not an end unto themselves. As a whole, subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 seek to make therapeutic abortions lawful and available but also to ensure that the excuse of therapy will not be abused and that lawful abortions be safe.

That abortions are recognized as lawful by Parliament based on a specific standard under its ordinary laws is important, I think, to a proper understanding of the existence of a right of access to abortion founded on rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The constitutional right does not have its source in the *Criminal Code*, but, in my view, the content of the standard in s. 251(4) that Parliament recognized in the *Criminal Law*

croire que le critère de l’al. 251(4)c) n’est pas respecté puisqu’il lui est demandé, en vertu de l’al. 251(4)a), d’agir de «bonne foi». Le ministre de la Santé de la province où a été délivré le certificat peut ordonner au comité de l’avortement thérapeutique de lui remettre une copie du certificat. D’autres aspects du par. 251(4) ont été conçus pour assurer que l’avortement lui-même soit pratiqué en toute sécurité une fois ce critère satisfait et une fois délivré le certificat en ce sens, autorisant la femme à subir un avortement licite. Ils incluent l’obligation que le praticien soit dûment qualifié et que l’avortement soit pratiqué dans un hôpital accrédité ou approuvé.

Dans l’ensemble, la procédure exposée au par. 251(4) a été mise en place pour assurer que le critère de l’exception, savoir que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la santé de la femme enceinte, a été respecté avant que le législateur n’autorise de pratiquer un avortement en toute impunité. Le législateur protège la vie et la santé de la femme enceinte en lui permettant d’obtenir un avortement lorsqu’il a été établi, par les moyens choisis par le législateur, que sa vie ou sa santé serait ou serait probablement en danger si la grossesse se poursuivait. Les autres dispositions du par. 251(4), quoique nécessaires pour rendre l’avortement licite, ont été adoptées pour assurer que le critère soit respecté et qu’une fois qu’il l’a été l’avortement devenu licite soit pratiqué en toute sécurité. Les autres règles constituent des moyens d’atteindre une fin et non une fin en soi. Dans leur ensemble, les par. 251(4), (5), (6) et (7) ont pour but de rendre les avortements thérapeutiques licites et possibles, et aussi d’assurer qu’on n’abusera pas de l’excuse de la thérapie et, enfin, que les avortements licites ne comporteront aucun risque.

La reconnaissance par le législateur de la légalité des avortements, selon un critère spécifique précisé dans la loi, est importante, je pense, pour bien comprendre l’existence d’un droit à l’avortement fondé sur les droits garantis par l’art. 7 de la *Charte*. Ce droit constitutionnel ne prend pas sa source dans le *Code criminel* mais, à mon avis, le contenu du critère du par. 251(4) que le législateur a reconnu dans la *Loi de 1968-69 modifiant le*

Amendment Act, 1968-69 was for all intents and purposes entrenched at least as a minimum in 1982 when a distinct right in s. 7 became part of Canadian constitutional law.

II — The Right to Security of the Person in s. 7 of the Charter

Section 7 of the *Charter* provides:

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.

I share the view first expressed by Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 205, and confirmed by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500, that "it is incumbent upon this Court to give meaning to each of the elements, life, liberty and security of the person, which make up the 'right' contained in s. 7." The full ambit of this constitutionally protected right will only be revealed over time. Consequently, the minimum content which I attribute to s. 7 does not preclude, or for that matter assure, the finding of a wider constitutional right when the courts will be faced with this or other issues in other contexts. As we shall see, the content of the "security of the person" element of the s. 7 right is sufficient in itself to invalidate s. 251 of the *Criminal Code* and consequently dispose of the appeal.

In discussing the content of the right protected by s. 7 of the *Charter* in the case at bar, the Ontario Court of Appeal wrote, at pp. 377-78, that "it would place too narrow an interpretation on s. 7 to limit it to protection against arbitrary arrest and detention". It will be seen from what follows that I agree with this view. Indeed the natural meaning of "life, liberty and security of the person" belies this limited view of the scope of s. 7. As Estey J. observed in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 377, examining the "Legal Rights" heading which introduces ss. 7 to 14 of the *Charter* is at best one step in the constitutional interpretation process and is not necessarily of controlling importance. I

droit pénal, a été enchâssé à tous égards, au moins comme un minimum, lorsqu'un droit distinct, à l'art. 7, est devenu partie intégrante en 1982 du droit constitutionnel canadien.

^a II — Le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la Charte

L'article 7 de la *Charte* prévoit:

^b 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

^c Je partage l'opinion exprimée pour la première fois par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 205, et confirmée par le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500, qu'il ^d «incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le «droit» mentionné à l'art. 7». La portée complète de cette garantie constitutionnelle n'apparaîtra qu'avec le temps. ^e Par conséquent, le contenu minimum que j'attribue à l'art. 7 n'interdit pas, non plus qu'il n'assure d'ailleurs, la conclusion à l'existence d'un droit constitutionnel plus large, lorsque les tribunaux ^f seront confrontés à cette question, ou à d'autres, dans d'autres contextes. Comme nous le verrons, le contenu de l'élément «sécurité de sa personne» du droit prévu à l'art. 7 est suffisant en soi pour ^g invalider l'art. 251 du *Code criminel* et, par conséquent, pour disposer du pourvoi.

En analysant le contenu du droit protégé par l'art. 7 de la *Charte* en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario écrit, aux pp. 377 et 378, que [TRADUCTION] «ce serait donner une interprétation trop étroite à l'art. 7 que de le limiter à une protection contre les arrestations et détentions arbitraires». On verra dans ce qui suit que je partage cet avis. D'ailleurs, le sens ordinaire des termes «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne» dément cette conception limitée de la portée de l'art. 7. Comme le juge Estey le fait observer dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 377, l'examen de la rubrique «Garanties juridiques» qui précède les art. 7 à 14 de la *Charte* ne constitue tout au plus qu'une étape

am mindful, however, that it is in the criminal law context that “security of the person” and the alleged violation of s. 7 arise in this case. Enjoying “security of the person” free from criminal sanction is central to understanding the violation of the *Charter* right which I describe herein. It is not necessary to decide whether s. 7 would apply in other circumstances.

A pregnant woman’s person cannot be said to be secure if, when her life or health is in danger, she is faced with a rule of criminal law which precludes her from obtaining effective and timely medical treatment.

Generally speaking, the constitutional right to security of the person must include some protection from state interference when a person’s life or health is in danger. The *Charter* does not, needless to say, protect men and women from even the most serious misfortunes of nature. Section 7 cannot be invoked simply because a person’s life or health is in danger. The state can obviously not be said to have violated, for example, a pregnant woman’s security of the person simply on the basis that her pregnancy in and of itself represents a danger to her life or health. There must be state intervention for “security of the person” in s. 7 to be violated.

If a rule of criminal law precludes a person from obtaining appropriate medical treatment when his or her life or health is in danger, then the state has intervened and this intervention constitutes a violation of that man’s or that woman’s security of the person. “Security of the person” must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a person whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, the right to security of the person has been violated.

dans le processus d’interprétation constitutionnelle et ne revêt pas nécessairement une importance décisive. Je suis toutefois conscient que c’est dans un contexte de droit criminel que «la sécurité de la personne» et la violation prétendue de l’art. 7 sont en cause en l’espèce. La jouissance de «la sécurité de la personne», sans menace de répression pénale, est primordiale pour comprendre la violation du droit garanti par la *Charte* que je décris ici. Il n’est pas nécessaire de décider si l’art. 7 s’appliquerait dans d’autres circonstances.

On ne peut dire que la personne de la femme enceinte est en sécurité si, alors que sa vie ou sa santé est en danger, elle est confrontée à une règle de droit criminel qui l’empêche d’obtenir un traitement médical efficace en temps opportun.

En règle générale, le droit constitutionnel à la sécurité de la personne doit inclure une forme de protection contre l’intervention de l’État lorsque la vie ou la santé d’une personne est en danger. La *Charte*, cela va sans dire, ne protège pas les hommes et les femmes contre les infortunes, même les plus graves, dues à la nature. L’article 7 ne saurait être invoqué simplement parce que la vie ou la santé d’une personne est en danger. De toute évidence, on ne saurait dire que l’État a violé, par exemple, la sécurité de la personne d’une femme enceinte simplement parce que sa grossesse, en elle-même et par elle-même, représente un danger pour sa vie ou sa santé. Il doit y avoir intervention de l’État pour qu’il y ait violation de la «sécurité de la personne» visée à l’art. 7.

Si une règle de droit criminel empêche une personne d’obtenir un traitement médical approprié lorsque sa vie ou sa santé est en danger, l’État est alors intervenu et cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de cet homme ou de cette femme. La «sécurité de la personne» doit inclure un droit au traitement médical d’un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une personne dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d’une part, la perpétration d’un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d’autre part, un traitement inadéquat ou pas de traitement du tout, le droit à la sécurité de la personne est violé.

This interpretation of s. 7 of the *Charter* is sufficient to measure the content of s. 251 of the *Criminal Code* against that of the *Charter* in order to dispose of this appeal. While I agree with McIntyre J. that a breach of a right to security must be “based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection”, I am of the view that the protection of life or health is an interest of sufficient importance in this regard. Under the *Criminal Code*, the only way in which a pregnant woman can legally secure an abortion when the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger her life or health is to comply with the procedure set forth in s. 251(4). Where the continued pregnancy does constitute a danger to life or health, the pregnant woman faces a choice: (1) she can endeavour to follow the s. 251(4) procedure, which, as we shall see, creates an additional medical risk given its inherent delays and the possibility that the danger will not be recognized by the state-imposed therapeutic abortion committee; or (2) she can secure medical treatment without respecting s. 251(4) and subject herself to criminal sanction under s. 251(2).

III — Delays Caused by s. 251 Procedure in Violation of Security of the Person

This chapter requires a review of the evidence, part of which is to be found in two reports, the *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (the “Badgley Report”), and the *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (the “Powell Report”).

The Badgley Report (1977) was written by a committee appointed by the Privy Council with a mandate to conduct a study to determine whether the procedure provided in the *Criminal Code* for obtaining therapeutic abortions is operating equitably across Canada and to make findings on the operation of this law rather than recommendations on the underlying policy: Badgley Report, at p. 27.

The Powell Report (1987) is a study commissioned by the Ministry of Health with terms of

Cette interprétation de l’art. 7 de la *Charte* suffit pour évaluer en fonction de la *Charte* le contenu de l’art. 251 du *Code criminel*, afin de statuer sur le pourvoi. Tout en convenant avec le juge McIntyre qu’une atteinte au droit à la sécurité doit «dépendre d’une atteinte à quelque intérêt dont la nature et l’importance justifieraient une protection constitutionnelle», j’estime que la protection de la vie ou de la santé est un intérêt d’une importance suffisante à cet égard. En vertu du *Code criminel*, la seule façon pour une femme enceinte d’obtenir légalement un avortement lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa santé consiste à se conformer à la procédure énoncée au par. 251(4). Lorsque la continuation de la grossesse constitue effectivement un danger pour la vie ou la santé, la femme enceinte doit faire un choix: (1) elle peut essayer de suivre la procédure du par. 251(4) qui, comme nous allons le voir, crée un risque médical supplémentaire, étant donné l’attente qu’elle comporte inévitablement et la possibilité que le danger ne soit pas reconnu par le comité de l’avortement thérapeutique imposé par l’État; ou (2) elle peut obtenir un traitement médical sans respecter le par. 251(4) et s’exposer à des sanctions criminelles en vertu du par. 251(2).

III — Délais engendrés par la procédure de l’art. 251 en violation de la sécurité de la personne

Ce chapitre exige un examen de la preuve soumise, dont une partie se trouve dans deux rapports, le *Rapport du Comité sur l’application des dispositions législatives sur l’avortement* (le «rapport Badgley»), et le *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (le «rapport Powell»).

Le rapport Badgley, 1977, est l’œuvre d’un comité nommé par le Conseil privé, dont le mandat était de mener une enquête afin de déterminer si la procédure prévue au *Code criminel* pour obtenir des avortements thérapeutiques est appliquée de façon équitable dans tout le Canada et de se prononcer sur la mise en œuvre de cette loi, plutôt que de faire des recommandations sur les principes qui la sous-tendent: rapport Badgley, à la p. 31.

Le rapport Powell, 1987, inédit, est une étude commandée par le ministère de la Santé, dont le

reference limited to a review of access to therapeutic abortion services in Ontario. Like those for the Badgley Report, these terms did not include the mandate for an evaluation of the underlying policy of the *Criminal Code*: Powell Report, Appendix 1.

I propose to consider first the delays caused by the s. 251 procedure and then the consequences of the delays.

1. *Delays Caused by the s. 251 Procedure*

The evidence reveals that the actual workings of s. 251(4) are the source of certain delays which create an additional medical risk for many pregnant women whose medical condition already meets the standard of s. 251(4)(c). Stated simply, when pregnant women suffer from a condition which represents a danger to their life or health, their efforts to conform to the procedure set forth for obtaining lawful abortions in the *Criminal Code* often create an additional risk to their health. They may have to choose between bearing the burden of these risks by accepting delayed medical treatment, and committing a crime by seeking timely medical treatment outside s. 251(4). Given that the procedure in s. 251(4) is the source of this additional risk, it constitutes a violation of the pregnant woman's security of the person. I shall first endeavour to show that these delays have their origin in s. 251. I will then cite evidence that these procedural delays create an additional risk to the health of pregnant women.

While only administrative inefficiencies that are caused by the rules in s. 251 are relevant to the evaluation of the constitutionality of the legislation under s. 7 of the *Charter*, the evidence which relates to the availability of therapeutic abortions under the *Criminal Code* reveals three sorts of delay, all of which can be traced to the requirements of s. 251 itself: (1) the absence of hospitals with therapeutic abortion committees in many parts of Canada; (2) the quotas which some hospitals with committees impose on the number of

mandat était limité à un examen des services d'avortements thérapeutiques offerts en Ontario. Comme dans le rapport Badgley, ce mandat ne comportait pas l'évaluation de la politique sous-jacente du *Code criminel*: rapport Powell, appendice 1.

Je traiterai en premier lieu des délais engendrés par la procédure de l'art. 251, puis des conséquences qu'ils entraînent.

1. *Les délais engendrés par la procédure de l'art. 251*

Il ressort de la preuve que les rouages du par. 251(4) sont à l'origine de certains délais qui engendrent un risque médical additionnel pour beaucoup de femmes enceintes dont l'état médical satisfait déjà au critère de l'al. 251(4)c). En bref, quand l'état des femmes enceintes représente un danger pour leur vie ou leur santé, leurs efforts pour se conformer à la procédure énoncée par le *Code criminel* en ce qui concerne l'obtention d'avortements licites créent souvent un risque additionnel pour leur santé. Elles peuvent avoir à choisir entre assumer le fardeau de ces risques, en acceptant de retarder le traitement médical, et commettre un crime, en cherchant à obtenir en temps opportun un traitement médical qui ne relève pas du par. 251(4). Étant donné que la procédure du par. 251(4) est à la source de ce risque additionnel, cette règle constitue une violation de la sécurité de la personne de la femme enceinte. J'essaierai d'abord de montrer que l'art. 251 est à l'origine de ces délais. Je citerai ensuite des éléments de preuve étayant que ces délais en matière de procédure créent un risque additionnel pour la santé des femmes enceintes.

Quoique seule l'inefficacité administrative occasionnée par les exigences de l'art. 251 soit pertinente lors de la détermination de la constitutionnalité de la législation au regard de l'art. 7 de la *Charte*, la preuve soumise quant à la possibilité d'obtenir des avortements thérapeutiques conformes au *Code criminel* révèle l'existence de trois sortes de délais qui peuvent tous être reliés aux exigences de l'art. 251 lui-même: (1) l'absence, dans bien des régions du Canada, d'hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique, (2) les

therapeutic abortions which they perform and (3) the committee requirement itself each create delays for pregnant women who seek timely and effective medical treatment.

(1) Lack of Hospitals with Therapeutic Abortion Committees

Hospitals with therapeutic abortion committees are completely lacking in many parts of Canada, forcing women to go elsewhere and suffer delays in order to gain access to hospitals in which they may obtain therapeutic abortions free from criminal sanction. The requirements which hospitals must meet under s. 251 are responsible for this absence of eligible hospitals. Often, the absence of hospitals can be traced to the prerequisites which hospitals must meet under s. 251(6). In other cases, the absence is caused by the refusal of certain hospital boards to appoint committees in hospitals which would otherwise qualify under the law, as is their prerogative under s. 251(6). I shall consider each of these in turn.

The effect of certain definitions in s. 251(6), when read in conjunction with s. 251(4), is to cause an absence of hospitals in which therapeutic abortions can legally be performed. A "therapeutic abortion committee" for any hospital means, according to s. 251(6), a committee comprised of not less than three physicians from which the physician who performs the abortion is excluded under s. 251(4). As the Chief Justice observed, the combined effect of these two provisions is to require at least four physicians at the hospital so that the therapeutic abortion can be lawfully authorized and performed. The four-physician requirement obviously precludes therapeutic abortions from being performed in hospitals where four doctors are not available.

Moreover, the requirement in s. 251(4) that lawful abortions can only be performed in "accredited" or "approved" hospitals also has the effect of

contingents que certains hôpitaux dotés de comités fixent au nombre d'avortements thérapeutiques qu'ils pratiqueront et (3) l'obligation même de recourir à un comité sont tous des causes de délai pour les femmes enceintes qui cherchent à obtenir un traitement médical efficace en temps opportun.

(1) L'absence d'hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique

Les hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique brillent par leur absence dans de nombreux endroits au Canada, ce qui force les femmes à s'adresser ailleurs et à attendre avant d'avoir accès aux hôpitaux où elles pourront obtenir des avortements thérapeutiques sans menace de répression pénale. Les exigences auxquelles doivent satisfaire les hôpitaux en vertu de l'art. 251 sont responsables de cette absence d'hôpitaux admissibles. Souvent, l'absence d'hôpitaux peut être reliée aux conditions préalables que les hôpitaux doivent remplir en vertu du par. 251(6). Dans d'autres cas, cette carence est due au refus de certains conseils d'hôpitaux, par ailleurs admissibles en vertu de la loi, de nommer des comités, comme c'est leur prerogative en vertu du par. 251(6). Je traiterai successivement de chacun de ces points.

Certaines définitions figurant au par. 251(6), lues conjointement avec le par. 251(4), ont pour effet de causer une absence d'hôpitaux où des avortements thérapeutiques peuvent être légalement pratiqués. Le «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital s'entend, d'après le par. 251(6), d'un comité formé d'au moins trois médecins et dont le médecin qui pratique l'avortement est exclu en vertu du par. 251(4). Comme le fait observer le Juge en chef, ces deux dispositions ont pour effet conjugué d'exiger qu'il y ait au moins quatre médecins à l'hôpital pour que l'avortement thérapeutique puisse être légalement autorisé et pratiqué. Le fait d'exiger qu'il y ait quatre médecins empêche manifestement de pratiquer des avortements thérapeutiques dans des hôpitaux qui ne comptent pas quatre médecins.

De plus, l'exigence du par. 251(4) portant que les avortements licites ne soient pratiqués que dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» a aussi

contributing to the absence of hospitals, in some parts of Canada, in which lawful abortions are available. Section 251(6) defines "accredited hospital" as a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided. Not only are some hospitals unable to qualify because they do not provide all these services, but some hospitals also fail to meet the Council's accreditation requirements.

Alternatively, therapeutic abortions may be performed in hospitals "approved" by the Ministers of Health in the province, and standards to be met for approval vary considerably from province to province. The Badgley Report, at pp. 91 *et seq.*, noted this variation in 1977. In Newfoundland, for example, the Department of Health guidelines required hospitals seeking approval to establish therapeutic abortion committees to have a minimum of six members of the medical staff willing to co-operate with or recognize the existence of a therapeutic abortion committee, the presence of a gynaecologist on the medical staff, and 100 beds or more in the hospital, even though many abortions are done on an out-patient basis. Thus, of 46 public general hospitals in the province in 1976, 35 were excluded by these provincial criteria, leaving only 11 hospitals qualified to establish therapeutic abortion committees, with no obligation to do so. In Saskatchewan, where provincial regulations included a requirement of a rated bed capacity of 50 beds or more, 110 of 133 general hospitals were ineligible to establish a therapeutic abortion committee. In Ontario, where the provincial regulations included a requirement of 10 or more members on a hospital's active medical staff, 51 of 205 general hospitals were ineligible to establish committees. The *Criminal Code*, under the "approved" hospital requirement, not only allows for an unequal distribution of hospitals across Canada, but also permits provincial authorities to set standards which appear at times largely irrelevant to the performance of therapeutic abortions.

pour effet de contribuer à l'absence, dans certaines régions du Canada, d'hôpitaux où il est possible d'obtenir des avortements licites. Le paragraphe 251(6) définit l'expression «hôpital accrédité» comme un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux. Non seulement certains hôpitaux sont-ils inadmissibles parce qu'ils ne fournissent pas tous ces services, mais encore d'autres ne répondent pas aux exigences d'accréditation du Conseil.

Subsidiairement, des avortements thérapeutiques peuvent être pratiqués dans des hôpitaux «approuvés» par le ministre de la Santé d'une province et les critères d'approbation varient alors considérablement d'une province à l'autre. Le rapport Badgley a souligné cet écart en 1977, aux pp. 100 et suivantes. À Terre-Neuve, par exemple, les directives du ministère de la Santé exigent que les hôpitaux qui cherchent à obtenir l'autorisation d'établir des comités de l'avortement thérapeutique comptent au moins six membres de leur personnel médical qui soient disposés à coopérer avec un comité de l'avortement thérapeutique ou à en reconnaître l'existence, qu'il y ait un gynécologue parmi le personnel médical et que l'hôpital compte au moins 100 lits, même si de nombreux avortements sont pratiqués en consultation externe. Ainsi, sur les 46 hôpitaux généraux publics que comptait la province en 1976, 35 ont été exclus par ces critères provinciaux, de sorte qu'il ne restait que 11 hôpitaux qualifiés pour établir des comités de l'avortement thérapeutique, sans qu'ils soient tenus de le faire. En Saskatchewan, où la réglementation provinciale exigeait un taux de capacité de 50 lits ou plus, 110 des 133 hôpitaux généraux n'avaient pas les qualités requises pour établir un comité de l'avortement thérapeutique. En Ontario, où la réglementation provinciale exigeait que le personnel médical actif de l'hôpital comporte dix membres ou plus, 51 des 205 hôpitaux généraux étaient inaptes à établir de tels comités. Le *Code criminel*, en exigeant qu'un hôpital soit "approuvé", permet non seulement une répartition inégale des hôpitaux à travers le Canada, mais habilite aussi les autorités provinciales à fixer des normes qui semblent parfois n'avoir que fort peu de rapport avec la pratique d'avortements thérapeutiques.

Thus, the requirements of s. 251 seriously limit the number of hospitals which are eligible to perform lawful abortions, causing an absence or a serious lack of therapeutic abortion facilities in many parts of the country. The conclusions of the Badgley Report are startling (at p. 105):

Of the total of 1,348 non-military hospitals in Canada in 1976, 789 hospitals, or 58.5 percent, were ineligible in terms of their major treatment functions, the size of their medial staff, or their type of facility to establish therapeutic abortion committees.

The rules in s. 251(4) limiting the number of eligible hospitals means that a significant proportion of Canada's population is not served by hospitals in which therapeutic abortions can lawfully be performed. The Badgley Report, at p. 109, concluded in 1977 that 39.3 per cent of the total female population of Canada was not served by eligible hospitals. As we have already seen, the absence of eligible hospitals in some parts of Canada compels many pregnant women to leave their own communities to seek medical treatment in a place where an eligible hospital is available to admit them as patients. A pregnant woman in these circumstances will inevitably incur a delay in obtaining a therapeutic abortion.

The lack of hospitals with therapeutic abortion committees is made more serious by the refusal of certain hospital boards to appoint therapeutic abortion committees in hospitals which would otherwise qualify under the *Criminal Code*. Given that therapeutic abortions can only be performed in eligible hospitals and that the committee certifying the abortion must come from that hospital, this effectively contributes to the inaccessibility of the treatment. Nothing in the *Criminal Code* obliges the board of an eligible hospital to appoint therapeutic abortion committees. Indeed, a board is entitled to refuse to appoint a therapeutic abortion committee in a hospital that would otherwise qualify to perform abortions and boards often do so in Canada. Given that the decision to appoint a committee is, in part, one of conscience and, in

Ainsi les exigences de l'art. 251 limitent sérieusement le nombre d'hôpitaux qui peuvent pratiquer des avortements licites, ce qui entraîne une absence ou un manque grave d'établissements où l'on pratique l'avortement thérapeutique dans de nombreuses régions du pays. Les conclusions du rapport Badgley sont saisissantes (à la p. 115):

Sur les 1,348 hôpitaux civils que comptait le Canada en 1976, 789 hôpitaux, soit 58.5 pour cent, n'étaient pas aptes à établir un comité de l'avortement thérapeutique, soit en raison de la spécialisation des traitements fournis dans ces établissements, soit à cause d'un personnel médical insuffisant ou du genre d'installations dont ils disposaient.

Les règles du par. 251(4) qui limitent le nombre d'hôpitaux admissibles signifient qu'une proportion importante de la population canadienne n'est pas desservie par des hôpitaux où des avortements thérapeutiques peuvent être pratiqués licitement. Le rapport Badgley, à la p. 120, a conclu en 1977 que 39,3 pour 100 de la population féminine totale du Canada n'était pas desservie par des hôpitaux admissibles. Comme nous l'avons déjà vu, l'absence d'hôpitaux admissibles dans certaines régions du Canada force un grand nombre de femmes enceintes à quitter leur propre localité pour aller demander des soins médicaux là où un hôpital admissible peut les accueillir comme patientes. Une femme enceinte, dans ces circonstances, devra inévitablement attendre pour obtenir un avortement thérapeutique.

Le manque d'hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement thérapeutique est aggravé par le refus de certains conseils d'hôpitaux, par ailleurs admissibles en vertu du *Code criminel*, de nommer des comités de l'avortement thérapeutique. Comme les avortements thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des hôpitaux admissibles et que le comité qui certifie l'avortement doit être formé par l'hôpital même, il en découle effectivement une impossibilité de se faire traiter. Rien dans le *Code criminel* n'oblige le conseil d'un hôpital admissible à nommer des comités de l'avortement thérapeutique. En fait, un conseil a le droit de refuser de nommer un comité de l'avortement thérapeutique dans un hôpital qui aurait, par ailleurs, les qualités requises pour pratiquer des avortements, et les conseils le font souvent au Canada. Comme la

some cases, one which affects religious beliefs, a law cannot force a board to appoint a committee any more than it could force a physician to perform an abortion. The defect in the law is not that it does not force boards to appoint committees, but that it grants exclusive authority to those boards to make such appointments.

In "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T.* 27, at p. 36, lawyer Natalie Fochs Isaacs correctly anticipated the effect of the exclusive authority of hospital boards in establishing committees:

S. 237 [now s. 251] sets out the requirement of the certification of therapeutic abortion by a therapeutic abortion committee prior to its performance. But the section does not require any hospital to set up such a committee. Given the undesirability of forcing any hospital to do so, the restriction of legal abortions to this type of preliminary certification fails nevertheless to provide for alternative methods of prior medical consultation among those staff members of any hospital opposed to the creation of the committee required, who themselves approve of therapeutic abortions. The new legislation in this manner also places the prospective petitioner for the operation at the mercy of the institutional policy of what may be the only hospital available in her community. [Footnotes omitted.]

The Badgley Report, at p. 93, again documented the reduction of the number of hospitals with therapeutic abortion committees due to the refusal of boards of hospitals which would otherwise qualify under the law to appoint committees. In Newfoundland, 6 of the 11 hospitals which were otherwise qualified to perform therapeutic abortions did in fact appoint committees so that only 6 of a total of 46 general hospitals were eligible to perform therapeutic abortions under the *Criminal Code*. In Quebec, 31 of 128 general hospitals appointed therapeutic abortion committees. In Saskatchewan, 10 of 133 general hospitals appointed committees. In Manitoba, 8 of 78 general hospitals appointed committees. Overall, the Badgley Report, *supra*, at p. 105, concluded in the following terms:

décision de nommer un comité est, en partie, une décision de conscience et, dans certains cas, une décision qui touche aux croyances religieuses, une loi ne peut forcer un conseil à nommer un comité, pas plus qu'elle ne peut forcer un médecin à pratiquer un avortement. Le défaut de la loi réside non pas dans le fait qu'elle ne force pas les conseils à nommer des comités, mais dans celui qu'elle confère à ces conseils le pouvoir exclusif de les nommer.

Dans son article intitulé «Abortion and the Just Society» (1970), 5 *R.J.T.* 27, à la p. 36, M^{re} Natalie Fochs Isaacs avait prévu avec justesse l'effet qu'aurait le pouvoir exclusif des conseils d'hôpitaux d'établir des comités:

[TRADUCTION] L'article 237 [maintenant l'art. 251] énonce l'exigence de la certification d'un avortement thérapeutique par un comité de l'avortement thérapeutique avant qu'il ne soit pratiqué. Mais l'article n'oblige aucun hôpital à former un tel comité. Comme il n'est pas souhaitable de forcer un hôpital à le faire, la limitation des avortements légaux par ce genre de certification préliminaire ne fournit cependant aucun mode subsidiaire de consultation médicale préalable chez les membres du personnel de tout hôpital opposé à la création du comité requis qui sont eux-mêmes en faveur des avortements thérapeutiques. La nouvelle mesure législative fait également en sorte que la personne qui demandera éventuellement à subir l'intervention sera à la merci de la politique institutionnelle de ce qui est peut être l'unique hôpital existant dans sa localité. [Omission des notes en bas de page.]

Le rapport Badgley, à la p. 102, fournit aussi des données sur la réduction du nombre d'hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement thérapeutique par suite du refus des conseils des hôpitaux par ailleurs admissibles en vertu de la loi de nommer des comités. À Terre-Neuve, 6 des 11 hôpitaux par ailleurs admissibles à pratiquer des avortements thérapeutiques ont effectivement nommé des comités, de sorte que seulement 6 hôpitaux généraux sur un total de 46 étaient aptes à pratiquer des avortements thérapeutiques en vertu du *Code criminel*. Au Québec, 31 des 128 hôpitaux généraux ont nommé des comités de l'avortement thérapeutique. En Saskatchewan, 10 des 133 hôpitaux généraux ont nommé de tels comités. Au Manitoba, 8 des 78 hôpitaux généraux ont nommé des comités. De manière générale, le rapport Badgley, précité, conclut ce qui suit, à la p. 116:

In terms of all civilian hospitals (1,348) in Canada in 1976, 20.1 percent had established a therapeutic abortion committee. If only those general hospitals which met hospital practices and provincial requirements and were not exempt in terms of their special treatment facilities are considered, then of these 559 hospitals, 271 hospitals, or 48.5 percent, had established therapeutic abortion committees, while 288 hospitals, or 51.5 percent, did not have these committees.

According to the Powell Report, a comparable fraction of hospitals had established therapeutic abortion committees in Ontario: "out of 176 accredited acute care hospitals, 95 (54%) had therapeutic abortion committees" (at p. 24). The figures reported by the Badgley Committee in 1977 were confirmed in a recent Statistics Canada report according to which the total number of hospitals with therapeutic abortion committees fell across the country from 271 in 1976 to 250 in 1985 (*Therapeutic abortions, 1985* (1986), at p. 12).

For the purposes of the case at bar, it is important to reiterate that the absence of hospitals with therapeutic abortion committees in many parts of Canada is caused by the following requirements of the law:

- (a) that a total of four physicians in the hospital must participate in the authorization and performance of the therapeutic abortion;
- (b) that the hospital must be "approved" or "accredited"; and
- (c) that only the board of the hospital is entitled to appoint a therapeutic abortion committee.

Finally, it is worth noting that 18 per cent of the hospitals that did have therapeutic abortion committees in 1984 performed no therapeutic abortions (*Therapeutic abortions, 1985, supra*, at p. 38). Dr. Augustin Roy, the President of the Corporation professionnelle des médecins du Québec, testified at trial that of the 30 hospitals with therapeutic abortion committees in Quebec, "only about fourteen or fifteen of these hospitals are operational, because many of them, say half of

Si l'on considère l'ensemble des hôpitaux civils au Canada en 1976, soit 1,348 établissements, 20.1 pour cent d'entre eux avaient établi un comité de l'avortement thérapeutique. Si l'on considère uniquement les hôpitaux généraux qui satisfaisaient aux exigences provinciales et aux normes de la pratique hospitalière et qui n'étaient pas exclus du fait de leur spécialisation, sur ces 559 centres hospitaliers, 271 hôpitaux, soit 48.5 pour cent, avaient établi un comité de l'avortement thérapeutique tandis que 288 hôpitaux, soit 51.5 pour cent, n'en avaient pas formé.

D'après le rapport Powell, une proportion comparable d'hôpitaux avaient établi des comités de l'avortement thérapeutique en Ontario: [TRADUCTION] «des 176 hôpitaux à soins intensifs accrédités, 95 (54 %) avaient des comités de l'avortement thérapeutique» (à la p. 24). Les chiffres publiés par le comité Badgley en 1977 ont été confirmés dans un rapport récent de Statistique Canada selon lequel le nombre total d'hôpitaux pourvus d'un comité de l'avortement thérapeutique est passé, à l'échelle du pays, de 271 en 1976 à 250 en 1985 (*Avortements thérapeutiques, 1985* (1986), à la p. 12).

Pour les fins de l'espèce, il importe de réitérer que l'absence, dans de nombreuses régions du Canada, d'hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement thérapeutique est due aux conditions suivantes de la loi, savoir:

- a) qu'un nombre total de quatre médecins de l'hôpital doivent participer à l'autorisation et à la pratique de l'avortement thérapeutique;
- b) que l'hôpital doit être "approuvé" ou "accrédité"; et
- c) que seul le conseil de l'hôpital a le droit de nommer un comité de l'avortement thérapeutique.

Enfin, il vaut la peine de noter que 18 pour 100 des hôpitaux qui avaient des comités de l'avortement thérapeutique en 1984 n'ont pratiqué aucun avortement thérapeutique (*Avortements thérapeutiques, 1985, précité*, à la p. 38). Le Dr Augustin Roy, président de la Corporation professionnelle des médecins du Québec, a déclaré dans son témoignage au procès que sur les 30 hôpitaux pourvus de comités de l'avortement thérapeutique au Québec, [TRADUCTION] «seuls environ quatorze ou quinze de ces hôpitaux étaient opérationnels, parce

them, have a committee but they don't do any abortions. It is a committee on paper."

A hospital with a dormant committee is no more useful to a pregnant woman seeking a therapeutic abortion than a hospital without a committee or no hospital at all. The delay suffered by a pregnant woman because her local hospital has a dormant committee is perhaps more the result of internal hospital policy than of s. 251 of the *Criminal Code*, but s. 251 is at least indirectly the cause of the delay in requiring an opinion from the therapeutic abortion committee of that hospital before a lawful abortion can be performed there.

(2) Delays Caused by Quotas

Delays result not only from the absence or inactivity of therapeutic abortion committees. The evidence discloses that some hospitals with committees impose quotas on the number of therapeutic abortions which they perform while others place quotas on patients depending on their place of residence. The evidence at trial confirmed that these quotas, initially observed in the Badgley Report, at pp. 258 *et seq.*, have been retained in many Canadian hospitals and that they often delay timely medical treatment for pregnant women seeking therapeutic abortions. It is true, of course, that these quotas are set by internal hospital policy and not by the terms of the law itself. It is also true that quotas may be necessary given hospitals' limited resources and the significant demands placed on those resources by pregnant women seeking abortions, some of whom may not qualify for therapeutic abortions in respect of the standard of s. 251(4). There is evidence, however, of quotas in absolute numbers of abortions performed and quotas based on the place of residence which can affect women who otherwise qualify for lawful abortions under s. 251(4)(c). Indeed the Badgley Committee reported in 1977, at p. 259, that:

que beaucoup d'entre eux, disons la moitié, ont bel et bien un comité, mais ils ne pratiquent pas d'avortements. C'est un comité sur papier.»

Un hôpital dont le comité est inactif n'est pas plus utile à une femme enceinte qui veut un avortement thérapeutique qu'un hôpital sans comité ou que pas d'hôpital du tout. Le délai imposé à une femme enceinte parce que le comité de l'hôpital local est inactif résulte peut-être plus de la politique interne de l'hôpital que de l'art. 251 du *Code criminel*, mais l'art. 251 est à tout le moins indirectement la cause du délai du fait qu'il requiert l'opinion du comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital avant qu'un avortement licite puisse y être pratiqué.

(2) Les délais dus au contingentement

Les délais ne résultent pas uniquement de l'absence ou de l'inactivité des comités de l'avortement thérapeutique. Il ressort de la preuve que certains hôpitaux ayant des comités contingentent le nombre d'avortements thérapeutiques, alors que d'autres contingentent les patientes en fonction de leur lieu de résidence. La preuve soumise en première instance confirme que ces contingents, signalés initialement par le rapport Badgley, aux pp. 287 *et suiv.*, existent toujours dans de nombreux hôpitaux canadiens et qu'ils ont souvent pour effet d'empêcher les femmes enceintes qui demandent des avortements thérapeutiques de recevoir un traitement médical en temps opportun. Il est vrai, bien sûr, que ces contingents résultent de la politique interne de l'hôpital et non des termes de la loi elle-même. Il est vrai également que ces contingents peuvent être nécessaires, compte tenu des ressources limitées des hôpitaux et de la demande importante dont font l'objet ces ressources de la part des femmes enceintes qui veulent se faire avorter et dont certaines peuvent ne pas avoir les qualités requises pour obtenir un avortement thérapeutique selon le critère du par. 251(4). Toutefois, on a soumis en preuve l'existence de contingents fixés en nombre absolu d'avortements pratiqués et de contingents fondés sur le lieu de résidence qui peuvent toucher des femmes par ailleurs aptes à obtenir un avortement licite en vertu de l'al. 251(4)c). D'ailleurs, le comité Badgley déclarait ceci en 1977, à la p. 288 de son rapport:

Two out of five hospitals (38.2 per cent) considered only applications from women who were considered to reside with the hospital's usual service catchment area. Residential requirements and patient quotas were more often adopted in the Maritimes (43.8 per cent) and Quebec (66.7 per cent) than among hospitals elsewhere where about a third followed this practice. Where the proportion of the hospitals with committees having these residency or quota requirements was higher in a province or a region, there were proportionately more women who went to the United States to obtain induced abortions.

These quotas are inevitable given that s. 251 requires that therapeutic abortions be performed only in eligible hospitals and that there is a lack of hospitals with committees in some parts of the country. The quotas cannot, therefore, be said to reflect simple administrative or budgetary constraints. In this respect, the s. 251 procedure is again the source of delays in medical treatment.

(3) Delays Caused by the Committee Requirement

The committee requirement itself contributes to a delay in securing treatment. The law requires the therapeutic abortion committee to certify that the standard of s. 251(4) has been met before a therapeutic abortion can proceed lawfully. As I shall endeavour to explain in my consideration of s. 251 and the principles of fundamental justice, I believe that the state interest in the protection of the foetus justifies the requirement that the standard of s. 251(4) be ascertained by independent medical opinion. This being the case, some delay will always be incurred whatever system is put in place to ensure that the standard has been met. However, at this stage of my analysis, I seek only to establish that a delay has in fact been caused by the present requirements of the *Criminal Code*.

The time needed to convene the committee in the hospital, for the pregnant woman's file to come before the committee, for her application to be evaluated by whatever means the committee may choose and for the certificate to be issued to the

Deux hôpitaux sur 5 (38.2 pour cent) n'étudiaient que les demandes des femmes résidant sur le territoire généralement desservi par l'hôpital. Des conditions de résidence et des quotas de patientes étaient plus fréquemment imposés dans les provinces maritimes (43.8 pour cent) et le Québec (66.7 pour cent) que dans les hôpitaux des autres provinces où seulement un tiers d'entre eux posait de telles conditions. Dans les provinces où la proportion d'hôpitaux ayant un comité et ayant établi de telles conditions de résidence ou des quotas était plus élevée, il y avait proportionnellement plus de femmes qui allaient aux États-Unis pour obtenir un avortement provoqué.

Ces contingents sont inévitables si l'on tient compte du fait que l'art. 251 exige que les avortements thérapeutiques ne soient pratiqués que dans des hôpitaux admissibles et qu'il y a absence d'hôpitaux dotés de comités dans certaines régions du pays. On ne peut donc pas affirmer que les contingents sont simplement le reflet de contraintes administratives ou budgétaires. À cet égard, la procédure de l'art. 251 est ici encore à l'origine de délais dans les soins prodigués.

(3) Les délais dus à l'obligation de recourir à un comité

L'obligation d'avoir recours à un comité contribue elle-même à retarder le traitement. La loi oblige le comité de l'avortement thérapeutique à certifier que le critère du par. 251(4) est respecté pour que l'on puisse pratiquer licitement un avortement thérapeutique. Comme je tenterai de l'expliquer dans mon examen de l'art. 251 au regard des principes de justice fondamentale, je crois que l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus justifie l'exigence que le critère du par. 251(4) fasse l'objet d'une opinion médicale indépendante. Cela étant, il y aura toujours un certain délai quel que soit le système mis en place pour assurer que le critère est respecté. Toutefois, à ce stade de mon analyse, je ne cherche qu'à établir que les exigences actuelles du *Code criminel* sont effectivement à l'origine d'un délai.

Le temps qu'il faut pour réunir le comité de l'hôpital, pour que le dossier de la femme enceinte parvienne devant le comité, pour que sa demande soit évaluée quels que soient les moyens choisis par le comité, et pour que le certificat soit délivré au

qualified medical practitioner together create some delay for obtaining treatment. The Badgley Report, at p. 146, identified an average interval of 8.0 weeks until the induced abortion operation was done after the pregnant woman's initial visit to her physician. Some of this delay is attributable to the absence of committees and hospital quotas which I have outlined above. It is difficult to isolate with precision the fraction of the delay attributable to the committee requirement taken by itself. It is relevant as one part of the overall delay which pregnant women must endure to obtain a therapeutic abortion.

In spite of evidence that the overall delay has been reduced, as will be seen shortly, the committee requirement continues to add to the delay. In 1987, the Powell Report, at p. 27, identified as one problem the number of committee members who must certify that the s. 251(4) standard has been met:

The number of members on the TAC [therapeutic abortion committee] ranges from three to five although up to seven members sit on some committees. When five or seven members have been appointed and no quorum is stated, a majority of the committee (three to five) must be present and three must approve each abortion. This has caused problems in several of the hospitals contacted, where it was not possible for an adequate number of members to be present and the meeting had to be rescheduled. Thus precious time was lost and the abortion delayed to a more advanced gestational age.

Furthermore, the delays caused by the committee requirements necessarily impact upon the pregnant woman who seeks to become a patient of the hospital for which the committee has been appointed. Section 251(4) states in part that it is "the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital" which must issue the certificate [emphasis added]. This precludes a committee from one hospital from authorizing abortions which take place at other hospitals. Eliminating such a requirement would have the effect of shortening the delays without forcing reluctant hospital boards or hospital staff to participate.

médecin qualifié est globalement à l'origine d'un certain délai dans l'obtention du traitement. Le rapport Badgley, à la p. 163, constate qu'il s'écoule un intervalle moyen de 8 semaines avant qu'on ne provoque l'avortement, après la première visite de la femme enceinte chez son médecin. Une partie de ce délai est attribuable à l'absence de comité et aux contingents hospitaliers que j'ai mentionnés précédemment. Il est difficile d'identifier avec précision la fraction du délai attribuable à l'obligation même de recourir à un comité. Sa pertinence tient au fait qu'il s'agit d'une partie du délai global auquel les femmes enceintes doivent se plier pour obtenir un avortement thérapeutique.

En dépit de la preuve que le délai global a été réduit, comme on le verra bientôt, l'obligation de s'adresser à un comité accroît toujours ce délai. En 1987, le rapport Powell a constaté que l'un des problèmes était le nombre de membres du comité qui doivent certifier que le critère du par. 251(4) est respecté (à la p. 27):

[TRADUCTION] Le nombre de membres du CAT (comité de l'avortement thérapeutique) varie de trois à cinq, mais il arrive que certains comités comptent jusqu'à sept membres. Lorsque cinq ou sept membres ont été nommés sans qu'aucun quorum ne soit fixé, une majorité du comité (de trois à cinq) doit être présente et il en faut trois pour approuver chaque avortement. C'était là une source d'ennuis dans plusieurs des hôpitaux rejoints, lorsqu'il était impossible d'obtenir la présence d'un nombre adéquat de membres et qu'il fallait reporter la réunion. Ainsi un temps précieux était perdu et l'avortement reporté à un stade de grossesse plus avancé.

De plus, les délais dus à l'obligation de recourir à un comité ont, par la force des choses, un effet sur la femme enceinte qui veut être admise à l'hôpital pour lequel le comité a été nommé. Le paragraphe 251(4) précise notamment que c'est "le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé" qui doit délivrer le certificat [je souligne]. Cela empêche le comité d'un hôpital d'autoriser des avortements dans d'autres hôpitaux. L'élimination de cette exigence aurait pour effet de réduire les délais sans forcer les conseils d'hôpitaux ou le personnel de l'hôpital récalcitrants à participer.

2. Consequences of the Delays

The delays which a pregnant woman may have to suffer as a result of the requirements of s. 251(4) must undermine the security of her person in order that there be a violation of this element of s. 7 of the *Charter*. As I said earlier, s. 7 cannot be invoked simply because a woman's pregnancy amounts to a medically dangerous condition. If, however, the delays occasioned by s. 251(4) of the *Criminal Code* result in an additional danger to the pregnant woman's health, then the state has intervened and this intervention constitutes a violation of that woman's security of the person. By creating this additional risk, s. 251 prevents access to effective and timely medical treatment for the continued pregnancy which would or would be likely to endanger her life or health. If an effective and timely therapeutic abortion may only be obtained by committing a crime, then s. 251 violates the pregnant woman's right to security of the person.

The evidence reveals that the delays caused by s. 251(4) result in at least three broad types of additional medical risks. The risk of post-operative complications increases with delay. Secondly, there is a risk that the pregnant woman require a more dangerous means of procuring a miscarriage because of the delay. Finally, since a pregnant woman knows her life or health is in danger, the delay created by the s. 251(4) procedure may result in an additional psychological trauma. I shall explain each of the additional risks in turn.

The Chief Justice outlined the different techniques employed to perform abortions at different stages of pregnancy and the increasing risk attached to each method as gestational age advances. As he also noted, the evidence showed that within the periods appropriate to each method of abortion, the earlier the abortion was performed, the lower the risk of complication. Evidence introduced at trial confirms findings in the Badgley Report, at pp. 308 *et seq.*, and the Powell Report, at p. 23, that the earlier an abortion is performed, the less chance a woman has of

2. Les conséquences des délais

Les délais auxquels une femme enceinte peut avoir à se plier par suite des exigences du par. 251(4) doivent porter atteinte à la sécurité de sa personne pour qu'il y ait violation de cet élément de l'art. 7 de la *Charte*. Comme je l'ai dit précédemment, l'art. 7 ne saurait être invoqué simplement parce que la grossesse d'une femme constitue un état dangereux du point de vue médical. Si toutefois les délais causés par le par. 251(4) du *Code criminel* entraînent un danger additionnel pour la santé de la femme enceinte, alors l'État intervient et cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de cette femme. En créant ce risque additionnel, l'art. 251 empêche l'obtention en temps opportun, du traitement médical efficace d'une femme dont la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa santé. Si un avortement thérapeutique efficace ne peut être obtenu en temps opportun que par la perpétration d'un crime, l'art. 251 viole alors le droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne.

La preuve révèle que les délais causés par le par. 251(4) entraînent des risques médicaux additionnels d'au moins trois grandes catégories. Le risque de complications postopératoires croît avec le délai. Ensuite, il y a le risque qu'il faille recourir à une méthode d'avortement plus dangereuse à cause du délai. Enfin, comme la femme enceinte sait que sa vie ou sa santé est en danger, le délai engendré par la procédure du par. 251(4) est susceptible de causer un traumatisme psychologique additionnel. Je vais expliquer chacun de ces risques supplémentaires l'un après l'autre.

Le Juge en chef a exposé les différentes techniques employées pour pratiquer des avortements aux différents stades de la grossesse et a souligné le risque grandissant lié à chaque méthode, au fur et à mesure que la grossesse avance. Comme il l'a aussi noté, la preuve soumise démontrait que, à l'intérieur des périodes qui s'appliquent à chaque méthode d'avortement, plus l'avortement était pratiqué tôt, moins il y avait de risques de complications. Les éléments de preuve produits en première instance confirment les constatations du rapport Badgley, aux pp. 343 et suiv., et du rapport Powell,

experiencing a post-operative complication, whatever abortion technique is used. The respondent agrees with this proposition but cites the low complication rate across Canada and the negligible mortality rate reported since 1974 as evidence that abortion under the current system is very safe. According to *Therapeutic abortions, 1985, supra*, at p. 20, no Canadian women have died as a result of therapeutic abortion since 1979. One such death took place in 1974 and another in 1979.

It should be noted, however, that reported complication rates for any given abortion technique are generally limited to certain post-operative physical complications and do not include data on psychological complications inherent to those techniques. Furthermore, the psychological trauma that women suffer before the operation is not reflected in reported figures. This is equally true for any physical complications associated with the pregnant woman's initially dangerous condition which may arise during the delay before the therapeutic abortion.

However low the post-operative complication rate may appear, it increases as gestational age advances. In other words, with each passing week of pregnancy, even in the very early stages, the risk to health that an abortion represents increases. *Therapeutic abortions, 1982* confirms this. The complication rate for abortions performed under nine weeks was 0.7 per cent. This increased to 1.0 per cent in the 9 to 12 week gestation period. A complication rate of 8.5 per cent was reported for the 13 to 16 week gestation period. The complication rate for the 17 to 20 week gestation period was higher still, reported as 22 per cent (*Therapeutic abortions, 1982* (1984), at p. 111). Ontario statistics cited in the Powell Report confirm these national figures for that province. Data from 1976, 1981 and 1984 confirm the relation between abortion complications and gestational age in Ontario. In terms of absolute numbers, there were twice as many reported complications for women with gestational age 13 weeks and above compared to gestational age under 13 weeks. The rate expressed

à la p. 23, que plus l'avortement est pratiqué tôt, moins il y a de chances qu'une femme éprouve des complications postopératoires, quelle que soit la technique utilisée. L'intimée reconnaît cela, mais cite le faible taux de complications qui existe partout au Canada, et le taux négligeable de mortalité rapporté depuis 1974 comme preuve que l'avortement selon le système actuel est très sûr. D'après *Avortements thérapeutiques, 1985*, précité, à la p. 20, aucune Canadienne n'est morte des suites d'un avortement thérapeutique depuis 1979. Un tel décès a eu lieu en 1974 et un autre en 1979.

Il faut rappeler cependant que les taux de complications rapportés pour toute technique d'avortement donnée sont généralement limités à certaines complications postopératoires somatiques et ne comprennent pas les données sur les complications psychologiques inhérentes à ces techniques. De plus, les chiffres rapportés ne reflètent pas le traumatisme psychologique éprouvé par les femmes avant l'intervention. Il en va également de même pour toute complication somatique liée à la condition initialement dangereuse de la femme enceinte qui peut survenir au cours du délai précédant l'avortement thérapeutique.

Si faible que puisse paraître le taux de complications postopératoires, il croît au fur et à mesure que la grossesse avance. En d'autres termes, avec chaque semaine de grossesse qui passe, même dans les tout premiers stades, le danger qu'un avortement représente pour la santé croît. *Avortements thérapeutiques, 1982* le confirment. Le taux de complications pour les avortements pratiqués avant neuf semaines était de 0,7 pour 100. Il augmentait à 1 pour 100 pour la période comprise entre 9 et 12 semaines de grossesse. Un taux de complications de 8,5 pour 100 était rapporté pour celle comprise entre 13 et 16 semaines de grossesse. Le taux de complications pour la période comprise entre 17 et 20 semaines de grossesse était encore plus élevé, soit 22 pour 100 (*Avortements thérapeutiques, 1982* (1984), à la p. 111). Les statistiques ontariennes publiées dans le rapport Powell confirment que des chiffres analogues s'appliquent à cette province. Les données pour 1976, 1981 et 1984 confirment pour l'Ontario le rapport qui existe entre les complications dues aux avorte-

as a percentage of total reported therapeutic abortions performed ("per 100 gestational age specific abortions") was ten times higher for the group of women with gestational age 13 weeks and above (see Powell Report, at p. 23 and Table 4).

The procedure set forth in s. 251(4) of the *Criminal Code* often causes, as we have seen, significant delays in obtaining therapeutic abortions. Delay increases the risk of post-operative complications. Section 251(4) thereby violates a pregnant woman's security of the person.

As I have already observed, the evidence indicates that the different techniques employed to perform abortions in Canada at different stages of pregnancy progressively increase risks to the woman. Expert testimony established that the suction dilation and curettage method generally used in the first twelve weeks is the safest technique. The dilation and evacuation method used from the thirteenth to the sixteenth week is relatively more dangerous. From the sixteenth week of pregnancy, an even more dangerous instillation method may be used. This method involves the introduction of prostaglandin, urea or saline solution which causes the woman to go into labour, giving birth to a foetus which is usually dead but not invariably so. Although the number of abortions done by the instillation technique amounts to only 4.5 per cent of the total number of therapeutic abortions performed in Canada, saline, urea or prostaglandin instillation is nevertheless used for 85.6 per cent of therapeutic abortions for women at least 16 weeks pregnant (*Therapeutic abortions, 1985, supra*, at pp. 18-19). It has been shown that the complication rate increases dramatically with the use of the instillation procedure (*ibid.*, at p. 50). In addition, psychological trauma resulting from induced labour and the birth of the foetus is a very real consideration which is not included in post-

ments et le stade de la grossesse. En nombres absolus, deux fois plus de complications sont rapportées dans le cas des femmes enceintes depuis 13 semaines et plus, comparativement aux femmes a enceintes depuis moins de 13 semaines. Le taux, exprimé en pourcentage du nombre total d'avortements thérapeutiques pratiqués qui ont été rapportés ([TRADUCTION] «pour 100 avortements pratiqués à ce stade de la grossesse»), était dix fois b supérieur dans le cas du groupe de femmes enceintes depuis treize semaines et plus (voir le rapport Powell, à la p. 23 et au tableau 4).

c La procédure énoncée au par. 251(4) du *Code criminel* engendre souvent, comme nous l'avons vu, des délais importants dans l'obtention des avortements thérapeutiques. Les délais accroissent le risque de complications postopératoires. Le paragraphe 251(4) viole donc la sécurité de la personne d'une femme enceinte.

Comme je l'ai déjà fait observer, il ressort de la preuve que les différentes techniques employées e pour pratiquer des avortements au Canada, à différents stades de la grossesse, accroissent progressivement les dangers pour la femme. Le témoignage des experts établit que la méthode de l'aspiration et de la dilatation, suivies d'un curetage, utilisée dans les douze premières semaines est f la technique la plus sûre. La méthode de la dilatation cervicale et de l'évacuation utérine utilisée entre la treizième et la seizième semaines est relativement plus dangereuse. À partir de la seizième g semaine de grossesse, on peut avoir recours à la méthode médicamenteuse qui est encore plus dangereuse. Cette méthode comporte l'introduction de prostaglandine, d'urée ou d'une solution saline qui h provoque les contractions chez la femme, qui accouche alors d'un foetus habituellement mort-né, encore que ce ne soit pas toujours le cas. Bien que le nombre d'avortements provoqués par la méthode médicamenteuse ne soit que de 4,5 pour 100 du nombre total d'avortements thérapeutiques pratiqués au Canada, la technique de l'introduction de la solution saline, d'urée ou de prostaglandine est i néanmoins employée dans 85,6 pour 100 des avortements thérapeutiques des femmes enceintes depuis au moins 16 semaines (*Avortements thérapeutiques, 1985, précité*, aux pp. 18 et 19). Il a été j

operative statistics. It is in the pregnant woman's utmost interest that the delay for obtaining a therapeutic abortion be as short as possible so that the risks associated with more dangerous abortion techniques can be avoided.

Women are aware of the increased risk associated with the later stage abortion techniques. They are also aware of the more traumatic circumstances in which these techniques, particularly the instillation methods, are carried out. It is thus not only the risk of post-operative complications that increases progressively with each method. Women are aware of the increased risk well before the operation is performed. Experts testified at trial that awareness of the increased post-operative risk and of the added trauma associated with the later-stage methods create an increased psychological risk to health distinct from the increased physical risk. There is a world of difference, from the psychological point of view of the patient, between a reputedly safe technique of abortion performed under local anaesthetic requiring only a few hours in a hospital and an abortion procedure with a substantially higher complication rate performed under general anaesthetic requiring a longer period of hospitalization, and involving the trauma of induced labour and the delivery of a dead foetus. When the delays caused by s. 251(4) require a woman to undergo a saline procedure abortion, for example, the psychological trauma associated with that procedure amounts to an additional risk to health attributable to the *Criminal Code*. More generally, the delay that a pregnant woman must endure before she receives treatment of any kind results in psychological trauma. To force a woman, under threat of criminal sanction, to wait for medical treatment when she knows that her pregnancy represents a danger to her life or health is a violation of her right to security of the person. As was stated in *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218, at p. 239 (later reversed on appeal,

démontré que le taux de complications croît dramatiquement avec le recours à la méthode médicamenteuse (*ibid.*, à la p. 50). En outre, le traumatisme psychologique résultant de la provocation des contractions et de l'accouchement d'un fœtus est un facteur fort réel que n'incluent pas les statistiques portant sur les complications postopératoires. Il est dans le plus grand intérêt de la femme enceinte que le délai d'obtention d'un avortement thérapeutique soit aussi court que possible, de façon que les risques liés aux techniques d'avortement les plus dangereuses puissent être évités.

Les femmes savent que des risques accrus sont liés aux techniques d'avortement du dernier stade. Elles savent aussi que ces techniques, particulièrement la méthode médicamenteuse, sont employées dans des circonstances plus traumatisantes. Ce n'est donc pas uniquement le risque de complications postopératoires qui croît progressivement avec chaque méthode. Les femmes savent qu'il y a croissance des risques bien avant que l'intervention ne soit pratiquée. Des experts ont témoigné lors du procès que la conscience de cette croissance des risques postopératoires et du traumatisme additionnel lié aux méthodes du dernier stade crée un plus grand danger psychologique pour la santé, distinct du risque somatique accru. Il y a un monde, du point de vue psychologique de la patiente, entre une technique d'avortement sous anesthésie locale, réputée sans danger et ne requérant qu'un séjour de quelques heures à l'hôpital, et une méthode d'avortement sous anesthésie générale qui comporte un taux de complications sensiblement plus élevé et qui requiert l'hospitalisation et comporte le traumatisme découlant de la provocation des contractions et de l'accouchement d'un fœtus mort-né. Lorsque les délais engendrés par le par. 251(4) exigent qu'une femme se fasse avorter selon la méthode de la solution saline, par exemple, le traumatisme psychologique lié à cette méthode équivaut à un danger additionnel pour la santé, attribuable au *Code criminel*. De manière plus générale, le délai auquel une femme enceinte doit se plier avant de recevoir un traitement quelconque provoque un traumatisme psychologique. Forcer une femme, sous menace de répression pénale, à attendre de subir un traitement médical alors qu'elle sait que sa grossesse représente un danger

[1985] 1 F.C. 124, but cited with approval on this point by Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration, supra*, at p. 208):

... such detention, by increasing the applicant's anxiety as to his state of health, is likely to make his illness worse and, by depriving him of access to adequate medical care, it is in fact an impairment of the security of his person.

The psychological trauma that a pregnant woman suffers as a result of the delay shows that the procedure established by the *Criminal Code* violates the security of her person.

I have observed three instances in which s. 251 of the *Criminal Code* results in delays for women who qualify for therapeutic abortions in respect of the standard of s. 251(4)(c). This being said, the overall delay appears to have been reduced from the 8.0 weeks observed by the Badgley Committee in 1977. Evidence indicates that where a hospital with a committee is in place in a region, as in the case of Toronto, pregnant women can obtain therapeutic abortions within one to three weeks from their initial contact with a physician. Experts testified at trial that these delays are longer in some parts of the country, particularly in Quebec, but that overall delays have, on balance, been reduced. Furthermore, therapeutic abortion committees generally can speed up the certification process in an emergency situation, particularly when the pregnant woman's gestational age requires immediate medical attention. In spite of the reduction, however, these delays continue to result in an additional risk to the health of these women. The risk of post-operative complications increases with each passing week of delay. There is a heightened physical and psychological risk associated with later stage pregnancy techniques for abortion. Finally, psychological trauma increases with delay. The delays mean therefore that the state has intervened in such a manner as to create an additional risk to health, and conse-

pour sa vie ou sa santé, est une violation de son droit à la sécurité de sa personne. Comme il a été dit dans la décision *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218, à la p. 239 (ultérieurement infirmée en appel, [1985] 1 C.F. 124, mais citée et approuvée sur ce point par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, à la p. 208):

... cette détention, en augmentant l'anxiété du requérant due à son état de santé, risque d'aggraver sa maladie et en le privant d'accès à des soins médicaux adéquats, elle porte atteinte effectivement à la sécurité de sa personne.

Le traumatisme psychologique que le délai provoque chez une femme enceinte démontre que la procédure établie par le *Code criminel* viole la sécurité de sa personne.

J'ai remarqué trois cas où l'art. 251 du *Code criminel* entraîne des délais pour les femmes aptes à subir un avortement thérapeutique selon la norme de l'al. 251(4)(c). Cela étant dit, le délai global de 8 semaines constaté par le comité Badgley en 1977 a vraisemblablement diminué. La preuve indique que lorsqu'il existe un hôpital doté d'un comité dans une région, comme celle de Toronto, les femmes enceintes peuvent obtenir des avortements thérapeutiques dans un délai d'une à trois semaines après leur première consultation d'un médecin. Des experts ont témoigné en première instance que ces délais sont plus longs dans certaines régions du pays, particulièrement au Québec, mais que, somme toute, les délais globaux ont été réduits. En outre, les comités de l'avortement thérapeutique peuvent, en général, accélérer la procédure de certification dans un cas d'urgence, particulièrement lorsque, en raison du stade où elle est rendue dans sa grossesse, une femme requiert une attention médicale immédiate. Malgré cette réduction, ces délais continuent toutefois d'engendrer un risque additionnel pour la santé de ces femmes. Le risque de complications postopératoires croît avec chaque semaine qui s'écoule. Un risque somatique et psychologique accru est lié aux techniques d'avortement utilisées au dernier stade de la grossesse. Enfin, le délai provoque un accroissement du traumatisme psychologique. Ces délais signifient donc que l'État est intervenu de manière à créer un risque addi-

quently this intervention constitutes a violation of the woman's security of the person.

IV — The Principles of Fundamental Justice

I turn now to a consideration of the manner in which pregnant women are deprived of their right to security of the person by s. 251. Section 7 of the *Charter* states that everyone has the right not to be deprived of security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. As I will endeavour to demonstrate, s. 251(4) does not accord with the principles of fundamental justice.

I am of the view, however, that certain elements of the procedure for obtaining a therapeutic abortion which counsel for the appellants argued could not be saved by the second part of s. 7 are in fact in accordance with the principles of fundamental justice. The expression of the standard in s. 251(4)(c), and the requirement for some independent medical opinion to ascertain that the standard has been met as well as the consequential necessity of some period of delay to ascertain the standard are not in breach of s. 7 of the *Charter*.

Counsel for the appellants argued that the expression of the standard in s. 251(4)(c) is so imprecise that it offends the principles of fundamental justice. He submits that pregnant women are arbitrarily deprived of their s. 7 right by reason of the different meanings that can be given to the word "health" in s. 251(4)(c) by therapeutic abortion committees.

I agree with McIntyre J. and the Ontario Court of Appeal that the expression "the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health" found in s. 251(4)(c) does provide, as a matter of law, a sufficiently precise standard by which therapeutic abortion committees can determine when therapeutic abortions should be granted.

As the Court of Appeal said, *supra*, at p. 388:

tionnel pour la santé et, par conséquent, cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de la femme.

IV — Les principes de justice fondamentale

J'en viens maintenant à l'examen de la manière dont l'art. 251 porte atteinte au droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne. L'article 7 de la *Charte* prévoit qu'il ne peut être porté atteinte au droit de chacun à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme je vais tenter de le démontrer, le par. 251(4) n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Cependant, je suis d'avis que certains éléments de la procédure d'obtention d'un avortement thérapeutique qui, selon l'avocat des appelants, ne peuvent être sauvegardés par la seconde partie de l'art. 7, sont en fait conformes aux principes de justice fondamentale. La formulation du critère à l'al. 251(4)c) et l'obligation d'obtenir une opinion médicale indépendante pour s'assurer qu'il est respecté ainsi que la nécessité, qui en découle, de disposer d'un certain délai pour le faire ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*.

L'avocat des appelants a soutenu que la formulation du critère à l'al. 251(4)c) est tellement imprécise qu'il y a atteinte aux principes de justice fondamentale. Il fait valoir qu'il y a atteinte arbitraire au droit que l'art. 7 confère aux femmes enceintes, en raison des sens différents que les comités de l'avortement thérapeutique peuvent donner au terme «santé» qui figure à l'al. 251(4)c).

Je suis d'accord avec le juge McIntyre et avec la Cour d'appel de l'Ontario pour dire que l'expression «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin femme mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière» que l'on trouve à l'al. 251(4)c) fournit, sur le plan du droit, un critère suffisamment précis pour permettre aux comités de l'avortement thérapeutique de décider quand il faut autoriser des avortements thérapeutiques.

Comme la Cour d'appel l'a dit, précité, à la p. 388:

In this case . . . from a reading of s. 251 with its exceptions, there is no difficulty in determining what is proscribed and what is permitted. It cannot be said that no sensible meaning can be given to the words of the section. Thus, it is for the courts to say what meaning the statute will bear.

Laskin C.J. held in *Morgentaler (1975)*, at p. 634, that s. 251(4)(c) was not so vague so as to constitute a violation of "security of the person" without due process of law under s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*:

It is enough to say that Parliament has fixed a manageable standard because it is addressed to a professional panel, the members of which would be expected to bring a practised judgment to the question whether "the continuation of the pregnancy . . . would or would be likely to endanger . . . life or health." Moreover, I am of the view that Parliament would assign such an exercise of judgment to a professional group without colliding with any imperatives called for by due process of law under s. 1 (a).

I agree with Laskin C.J. that the standard is manageable because it is addressed to a panel of doctors exercising medical judgment on a medical question. This being the case, the standard must necessarily be flexible. Flexibility and vagueness are not synonymous. Parliament has set a medical standard to be determined over a limited range of circumstances. With the greatest of respect, I cannot agree with the view that the therapeutic abortion committee is a "strange hybrid, part medical committee and part legal committee" as the Chief Justice characterizes it (at p. 69). In section 251(4) Parliament has only given the committee the authority to make a medical determination regarding the pregnant woman's life or health. The committee is not called upon to evaluate the sufficiency of the state interest in the foetus as against the woman's health. This evaluation of the state interest is a question of law already decided by Parliament in its formulation of s. 251(4). Evidence has been submitted that many committees fail to apply the standard set by Parliament by requiring the consent of the pregnant woman's spouse, by refusing to authorize second abortions or by refusing all abortions to married women. In

[TRANSDUCTION] Dans cette affaire [. . .] après lecture de l'art. 251 et de ses exceptions, il n'y a aucune difficulté à déterminer ce qui est interdit et ce qui est permis. On ne peut pas dire qu'aucun sens raisonnable ne peut être donné aux termes de cet article. Donc, il revient aux tribunaux de dire quel sens il faut donner à la loi.

Le juge en chef Laskin a conclu, dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 634, que l'al. 251(4)c n'est pas vague au point de constituer une violation de la «sécurité de la personne» sans que ce ne soit par l'application régulière de la loi comme le prévoit l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*:

Qu'il suffise de dire que le Parlement a fixé un critère maniable parce qu'il s'adresse à un comité composé d'hommes de l'art, dont on peut s'attendre que les membres portent un jugement exercé sur la question de savoir si «la continuation de la grossesse . . . mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé . . .» De plus, je suis d'avis que le Parlement peut confier à un groupe d'hommes de l'art l'exercice d'un tel jugement sans heurter d'impératif issu de l'exigence d'application régulière de la loi sous le régime de l'al. a) de l'art. 1.

Je conviens avec le juge en chef Laskin que le critère est maniable parce qu'il s'adresse à un comité de médecins qui portent un jugement médical sur une question médicale. Cela étant le cas, le critère doit nécessairement être souple. Souplesse n'est pas synonyme d'imprécision. Le législateur a établi un critère médical déterminable en fonction d'un nombre limité de circonstances. En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne saurais admettre que le comité de l'avortement thérapeutique soit un «hybride étrange, en partie comité médical et en partie comité légal» comme le Juge en chef le qualifie (à la p. 69). Au paragraphe 251(4), le législateur n'a conféré au comité que le pouvoir de prendre une décision médicale concernant la vie ou la santé de la femme enceinte. On ne demande pas au comité d'évaluer si l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus par rapport à la santé de la femme est suffisant. L'évaluation de l'intérêt de l'État est une question de droit que le législateur a déjà tranchée quand il a formulé le par. 251(4). On a soumis en preuve que de nombreux comités n'appliquent pas le critère fixé par le législateur en exigeant le consentement du conjoint de la femme enceinte, en refusant d'autoriser

so far as these and other requirements fall outside s. 251(4)(c), they constitute an unfounded interpretation of the plain terms of the *Criminal Code*. These patent excesses of authority do not, however, mean that the standard of s. 251 is vague.

The wording of s. 251(4)(c) limits the authority of the committee. The word "health" is not vague but plainly refers to the physical or mental health of the pregnant woman. I note with interest the decision of the Supreme Court of the United States in *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971), in which a District of Columbia statute outlawing abortions except when they were "necessary for the preservation of the mother's life or health" was at issue. It was argued that the word "health" was so imprecise and had so uncertain a meaning that the statute offended the Due Process Clause of the United States Constitution. Mindful of the differences between the Due Process Clause and the principles of fundamental justice in s. 7 of the *Charter*, I nevertheless believe the following extract, at p. 72, of the majority opinion delivered by Black J. to be instructive:

... the general usage and modern understanding of the word "health" ... includes psychological as well as physical well-being. Indeed Webster's Dictionary, in accord with that common usage, properly defines health as the "[s]tate of being ... sound in body [or] mind." Viewed in this light, the term "health" presents no problem of vagueness. Indeed, whether a particular operation is necessary for a patient's physical or mental health is a judgment that physicians are obviously called upon to make routinely whenever surgery is considered.

The standard is further circumscribed by the word "endanger". Not only must the continuation of the pregnancy affect the woman's life or health, it must endanger life or health, so that a committee that authorizes an abortion when this element is not present or fails to authorize it when it is present exceeds its authority. Finally, the expression "would or would be likely" eliminates any requirement that the danger to life or health be

un second avortement ou en refusant tout avortement aux femmes mariées. Dans la mesure où de telles exigences ne relèvent pas de l'al. 251(4)c), elles constituent une interprétation injustifiée des termes clairs du *Code criminel*. Ces abus manifestes de pouvoir ne signifient pas toutefois que le critère de l'art. 251 est vague.

Le texte de l'al. 251(4)c) limite le pouvoir du comité. Le terme «santé», loin d'être vague, vise clairement la santé mentale ou physique de la femme enceinte. Je note avec intérêt l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971), où une loi du district de Columbia, interdisant les avortements sauf lorsqu'ils sont [TRADUCTION] «nécessaires à la préservation de la vie ou de la santé de la mère» était en cause. On soutenait que le terme «santé» était tellement imprécis et avait un sens tellement incertain que la loi violait la clause de l'application régulière de la loi de la Constitution américaine. Tout en ayant à l'esprit les différences qui existent entre la clause de l'application régulière de la loi et les principes de justice fondamentale de l'art. 7 de la *Charte*, je crois néanmoins que l'extrait suivant de l'opinion de la majorité, dont l'auteur est le juge Black, est instructif (à la p. 72):

[TRADUCTION] ... le sens moderne et courant du terme «santé» [...] inclut le bien-être psychologique autant que physique. D'ailleurs le dictionnaire Webster, en accord avec l'usage courant définit à juste titre la santé comme l'«[é]tat de bien-être physique [ou] mental.» Vu sous cet angle, le terme «santé» ne présente aucun problème d'imprécision. En fait, la question de savoir si une intervention particulière est nécessaire pour préserver la santé physique ou mentale d'un patient est une décision que les médecins ont, de toute évidence, à prendre tous les jours, chaque fois qu'une intervention chirurgicale est envisagée.

Le critère est en outre circonscrit par les termes «mettre en danger». Non seulement la continuation de la grossesse doit-elle nuire à la vie ou à la santé de la femme, elle doit encore mettre en danger sa vie ou sa santé, de sorte qu'un comité qui autorise un avortement en l'absence de cet élément ou qui refuse de l'autoriser alors qu'il est présent, abuse de son pouvoir. Enfin, l'expression «mettrait ou mettrait probablement» élimine toute condition

certain or immediate at the time the certificate is issued.

The presence of the exculpatory provision in the *Criminal Code* and the wording of the standard itself point to the parameters of s. 251(4). The required standard of threat to life or health must necessarily be lesser than that required under the common law defence of necessity, otherwise s. 251(4) would be superfluous. It is proper to infer, on the other hand, that s. 251(4) must be interpreted as relating solely to therapeutic grounds since only qualified medical practitioners are entitled to evaluate the threat to life or health.

Not only is the standard expressed in s. 251(4)(c) sufficiently precise to permit therapeutic abortion committees to determine when therapeutic abortions should be granted, but the crime of procuring a miscarriage is expressed with sufficient clarity for those subject to its terms so as not to offend the principles of fundamental justice. In this respect, counsel for the respondent correctly observed in his written argument that "... s. 251 presents no degree of uncertainty or vagueness as to potential criminal liability: anyone charged with an offence would know whether prohibited conduct was being undertaken and whether an exemption certificate had been received. Equally, any official entrusted with enforcing this section would know whether an offence had been committed." Police officers are not called upon by the section to define "health" but, in respect of the medical justification for a therapeutic abortion, they must ensure that a certificate in writing has been duly issued.

Just as the expression of the standard in s. 251(4)(c) does not offend the principles of fundamental justice, the requirement that an independent medical opinion be obtained for a therapeutic abortion to be lawful also cannot be said to constitute a violation of these principles when considered in the context of pregnant women's right to security of the person.

In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, La Forest J. explained that the legislator must be

que le danger pour la vie ou la santé soit certain ou immédiat au moment où le certificat est délivré.

La présence de la disposition disculpatoire dans le *Code criminel* et la formulation du critère lui-même fixent les paramètres du par. 251(4). Le critère requis de menace à la vie ou à la santé doit obligatoirement être moindre que celui qu'exige le moyen de défense de *common law* de la nécessité, car autrement le par. 251(4) serait superflu. Par contre, on peut à bon droit conclure que le par. 251(4) doit être interprété comme portant seulement sur des motifs thérapeutiques puisque seuls des médecins qualifiés ont le droit d'évaluer la menace à la vie ou à la santé.

Non seulement le critère exprimé à l'al. 251(4)(c) est-il suffisamment précis pour permettre au comité de l'avortement thérapeutique de décider quand il convient d'autoriser les avortements thérapeutiques, mais encore le crime consistant à procurer un avortement est exprimé avec suffisamment de clarté pour ceux qui sont assujettis à ces termes pour qu'il ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. À cet égard, l'avocat de l'intimée fait observer à juste titre dans son argumentation écrite que [TRADUCTION] «... l'art. 251 ne présente aucun degré d'incertitude ou d'imprécision quant à une éventuelle responsabilité criminelle: tout inculpé saurait s'il y avait conduite interdite et si un certificat d'exemption avait été reçu. Également, tout officier chargé de faire respecter cet article saurait si une infraction a été perpétrée.» L'article n'oblige pas les agents de police à définir ce qu'est «la santé» mais, au chapitre de la justification médicale d'un avortement thérapeutique, ils doivent s'assurer qu'un certificat écrit a dûment été délivré.

Tout comme le critère exprimé à l'al. 251(4)(c) ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, on ne peut non plus dire que l'obligation d'obtenir une opinion médicale indépendante pour qu'un avortement thérapeutique soit licite constitue une violation de ces principes sous l'angle du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, le juge La Forest explique que le législa-

accorded a certain latitude to make choices regarding the type of administrative structure that will suit its needs unless the use of such structure is in itself "so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make [emphasis added], as to violate the principles of fundamental justice". An administrative structure made up of unnecessary rules, which result in an additional risk to the health of pregnant women, is manifestly unfair and does not conform to the principles of fundamental justice. Section 251(4), taken as a whole, does not accord with the principles of fundamental justice in that certain of the procedural requirements of s. 251 create unnecessary delays. As will be seen, some of these requirements are manifestly unfair because they have no connection whatsoever with Parliament's objectives in establishing the administrative structure in s. 251(4). Although connected to Parliament's objectives, other rules in s. 251(4) are manifestly unfair because they are not necessary to assure that the objectives are met.

As I noted in my analysis of s. 251(4), by requiring that a committee state that the medical standard has been met for the criminal sanction to be lifted, Parliament seeks to assure that there is a reliable, independent and medically sound opinion that the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the woman's life or health. Whatever the failings of the current system, I believe that the purpose pursuant to which it was adopted does not offend the principles of fundamental justice. As I shall endeavour to explain, the current mechanism in the *Criminal Code* does not accord with the principles of fundamental justice. This does not preclude, in my view, Parliament from adopting another system, free of the failings of s. 251(4), in order to ascertain that the life or health of the pregnant woman is in danger, by way of a reliable, independent and medically sound opinion.

Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion in order to protect the state interest in the foetus. This is

teur doit jouir d'une certaine latitude pour choisir le genre de structure administrative qui répondra à ses besoins, à moins que le recours à une telle structure ne soit en lui-même «nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle [le législateur] est appelée à prendre [je souligne], au point de violer les principes de justice fondamentale». Une structure administrative comportant des règles inutiles, qui ont pour effet d'accroître le danger pour la santé des femmes enceintes, est nettement injuste et non conforme aux principes de justice fondamentale. Le paragraphe 251(4), pris dans son ensemble, n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale en raison des délais inutiles qu'engendrent certaines exigences en matière de procédure de l'art. 251. Comme nous le verrons, certaines de ces exigences sont manifestement injustes du fait qu'elles n'ont absolument aucun rapport avec les objectifs poursuivis par le législateur en établissant la structure administrative que l'on trouve au par. 251(4). Quoique liées aux objectifs du législateur, d'autres règles du par. 251(4) sont nettement injustes du fait qu'elles ne sont pas nécessaires pour assurer la réalisation des objectifs poursuivis.

Comme je le souligne dans mon analyse du par. 251(4), en obligeant un comité à déclarer que le critère médical est rempli pour que la sanction criminelle soit levée, le législateur veut assurer qu'il y ait une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme. Quelles que soient les faiblesses du système actuel, je crois que l'objectif visé par son adoption ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. Comme je vais tenter de l'expliquer, le mécanisme actuel du *Code criminel* n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Cela n'empêche pas, à mon avis, le législateur d'adopter un autre système, exempt des faiblesses du par. 251(4), pour vérifier si la vie ou la santé de la femme enceinte est en danger, au moyen d'une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante.

Le législateur est justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante, afin de préserver l'intérêt qu'a l'État dans la protection du

undoubtedly the objective of a rule which requires an independent verification of the practising physician's opinion that the life or health of the pregnant woman is in danger. It cannot be said to be simply a mechanism designed to protect the health of the pregnant woman. While this latter objective clearly explains the requirement that the practising physician be a "qualified medical practitioner" and that the abortion take place in a safe place, it cannot explain the necessary intercession of an in-hospital committee of three physicians from which is excluded the practising physician.

While a second medical opinion is very often seen as necessary in medical circles when difficult questions as to a patient's life or health are at issue, the independent opinion called for by the *Criminal Code* has a different purpose. Parliament requires this independent opinion because it is not only the woman's interest that is at stake in a decision to authorize an abortion. The Ontario Court of Appeal alluded to this at p. 378 when it stated that "One cannot overlook the fact that the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate". The presence of the foetus accounts for this complexity. By requiring an independent medical opinion that the pregnant woman's life or health is in fact endangered, Parliament seeks to ensure that, in any given case, only therapeutic reasons will justify the decision to abort. The amendments to the *Criminal Code* in 1969 amounted to a recognition by Parliament, as I have said, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest of the state in the protection of the foetus when the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the pregnant woman's life or health. Parliament decided that it was necessary to ascertain this from a medical point of view before the law would allow the interest of the pregnant woman to indeed take precedence over that of the foetus and permit an abortion to be performed without criminal sanction.

foetus. C'est forcément l'objet de la règle qui exige une vérification indépendante de l'opinion du médecin traitant que la vie ou la santé de la femme enceinte est en danger. On ne saurait dire qu'il s'agit simplement d'un mécanisme conçu pour protéger la santé de la femme enceinte. Bien que ce dernier objectif explique manifestement l'obligation pour le médecin traitant d'être un «médecin qualifié» et celle que l'avortement ait lieu dans un endroit sûr, il ne peut expliquer la nécessité de l'intervention d'un comité interne de l'hôpital, composé de trois médecins, dont est exclu le médecin traitant.

Certes, une seconde opinion médicale est souvent considérée comme nécessaire dans les milieux médicaux lorsque de difficiles questions de vie ou de santé du patient sont en cause, mais l'opinion indépendante qu'exige le *Code criminel* vise un objet différent. Le législateur exige cette opinion indépendante parce que ce n'est pas seulement l'intérêt de la femme qui est en jeu dans la décision d'autoriser un avortement. La Cour d'appel de l'Ontario fait allusion à cela à p. 378, lorsqu'elle dit que [TRADUCTION] «[o]n ne saurait oublier que la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié». La présence du foetus est responsable de cette complexité. En exigeant une opinion médicale indépendante portant que la vie ou la santé de la femme enceinte est réellement en danger, le législateur veut s'assurer que, dans un cas donné, seules des raisons thérapeutiques justifieront la décision d'avorter. Comme je l'ai dit, les modifications apportées au *Code criminel* en 1969 équivalent à la reconnaissance par le législateur que l'intérêt que présente la vie ou la santé des femmes enceintes l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus, lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme enceinte. Le législateur a décidé qu'il était nécessaire de vérifier cela du point de vue médical, avant que la loi ne laisse l'intérêt de la femme enceinte l'emporter effectivement sur celui du foetus et qu'elle ne permette qu'un avortement soit pratiqué sans qu'il y ait de sanction criminelle.

I do not believe it to be unreasonable to seek independent medical confirmation of the threat to the woman's life or health when such an important and distinct interest hangs in the balance. I note with interest that in a number of foreign jurisdictions, laws which decriminalize abortions require an opinion as to the state of health of the woman independent from the opinion of her own physician. The Crown, in its book of authorities, cited the following statutes which included such a mechanism: United Kingdom, *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87, s. 1(1)(a); Australian Northern Territory, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, s. 79 A(3)(a); South Australia, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, s. 82a(1)(a); Federal Republic of Germany, *Criminal Code*, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act (1976)*, s. 219; Israel, *Penal Law, 5737-1977* (as amended), s. 315; New Zealand, *Crimes Act 1961*, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(4); *Code pénal suisse*, art. 120(1). This said, the practising physician must, according to s. 251(4)(a), be in "good faith" and, consequently, have no reason to believe that the standard in s. 251(4)(c) has not been met. The practising physician is, however, properly excluded from the body giving the independent opinion. I believe that Parliament is justified in requiring what is no doubt an extraordinary medical practice in its regulation of the criminal law of abortion in accordance with the various interests at stake.

The assertion that an independent medical opinion, distinct from that of the pregnant woman and her practising physician, does not offend the principles of fundamental justice would need to be reevaluated if a right of access to abortion is founded upon the right to "liberty" in s. 7 of the *Charter*. I am of the view that there would still be circumstances in which the state interest in the protection of the foetus would require an independent medical opinion as to the danger to the life or health of the pregnant woman. Assuming without deciding that a right of access to abortion can be founded upon the right to "liber-

Je ne crois pas qu'il soit déraisonnable de demander une confirmation médicale indépendante au sujet de la menace pour la vie ou la santé de la femme lorsqu'un intérêt aussi important et marqué pèse dans la balance. Je constate avec intérêt que, dans de nombreux ressorts étrangers, les lois qui décriminalisent l'avortement requièrent un avis concernant l'état de santé de la femme indépendant de celui de son propre médecin. Le ministère public, dans son dossier de sources législative, jurisprudentielle et doctrinale, cite les lois suivantes qui comportent un mécanisme de ce genre: Royaume-Uni, *Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87, al. 1(1)a); Territoire du Nord de l'Australie, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, sous-al. 79 A(3)a); Australie-Méridionale, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, al. 82a(1)a); République fédérale de l'Allemagne, *Criminal Code*, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act (1976)*, art. 219; Israël, *Penal Law, 5737-1977* (modifiée), art. 315; Nouvelle-Zélande, *Crimes Act 1961*, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, par. 187A(4); *Code pénal suisse*, par. 120(1). Cela dit, le médecin traitant doit, d'après l'al. 251(4)a), être «de bonne foi» et, par conséquent, n'avoir aucune raison de croire que le critère de l'al. 251(4)c) n'est pas rempli. Le médecin traitant est toutefois exclu à juste titre de l'organisme qui donne une opinion indépendante. Je crois que le législateur a raison d'exiger ce qui, sans aucun doute, est une pratique médicale extraordinaire dans sa réglementation du droit criminel en matière d'avortement, conformément aux divers intérêts en jeu.

L'affirmation selon laquelle une opinion médicale indépendante, distincte de celle de la femme enceinte et de son médecin traitant, ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, devrait être réévaluée si le droit à l'avortement était fondé sur le droit à la «liberté» de l'art. 7 de la *Charte*. Je suis d'avis qu'il y aurait encore des circonstances dans lesquelles l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus exigerait une opinion médicale indépendante concernant le danger pour la vie ou la santé de la femme enceinte. Même en présumant, sans le décider, que le droit à l'avortement peut se fonder sur le droit à la «liberté», il y

ty", there would be a point in time at which the state interest in the foetus would become compelling. From this point in time, Parliament would be entitled to limit abortions to those required for therapeutic reasons and therefore require an independent opinion as to the health exception. The case law reveals a substantial difference of opinion as to the state interest in the protection of the foetus as against the pregnant woman's right to liberty. Wilson J., for example, in her discussion of s. 1 of the *Charte* in the case at bar, notes the following, at p. 183:

The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" I leave to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive guidance on the subject from all the relevant disciplines. It seems to me, however, that it might fall somewhere in the second trimester.

This view as to when the state interest becomes compelling may be compared with that of O'Connor J. of the United States Supreme Court in her dissenting opinion in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), at pp. 460-61:

In *Roe* [*Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973)], the Court held that although the State had an important and legitimate interest in protecting potential life, that interest could not become compelling until the point at which the fetus was viable. The difficulty with this analysis is clear: *potential* life is no less potential in the first weeks of pregnancy than it is at viability or afterward. At any stage in pregnancy, there is the *potential* for human life. Although the Court refused to "resolve the difficult question of when life begins," *id.*, at 159, the Court chose the point of viability — when the foetus is *capable* of life independent of its mother — to permit the complete proscription of abortion. The choice of viability as the point at which state interest in *potential* life becomes compelling is no less arbitrary than choosing any point before viability or any point afterward. Accordingly, I believe that the State's interest in protecting potential human life exists throughout the pregnancy.

As I indicated at the outset of my reasons, it is nevertheless possible to resolve this appeal without attempting to delineate the right to "liberty" in s.

aurait un moment où l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus deviendrait supérieur. Dès ce moment-là, le législateur serait en droit de limiter les avortements à ceux qui sont nécessaires pour des motifs thérapeutiques et donc d'exiger une opinion indépendante concernant l'exception pour cause de santé. La jurisprudence est fort partagée sur la question de l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus face au droit de la femme enceinte à la liberté. Le juge Wilson, par exemple, dans l'analyse qu'elle fait en l'espèce de l'article premier de la *Charte*, souligne ceci (à la p. 183):

Quant au point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur", je laisse le soin de le fixer au jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes. Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre.

Ce point de vue quant au moment où l'intérêt de l'État devient supérieur peut être comparé à celui exprimé en dissidence par le juge O'Connor de la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), aux pp. 460 et 461:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Roe* [*Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973)]. la Cour a jugé que si l'État avait un intérêt important et légitime à protéger la vie potentielle, cet intérêt ne pouvait devenir supérieur qu'au moment où le fœtus devenait viable. La difficulté que pose ce genre d'analyse est claire: la vie *potentielle* n'est pas moins potentielle au cours des premières semaines de grossesse qu'elle ne l'est au point de viabilité ou ultérieurement. À tout stade de la grossesse, il y a une vie humaine en puissance. Bien qu'elle ait refusé de «résoudre la difficile question du moment où la vie commence», *id.*, à la p. 159, la Cour a choisi le point de viabilité, c'est-à-dire lorsque le fœtus est *capable* de vivre indépendamment de sa mère, pour interdire complètement l'avortement. Le choix de la viabilité comme point où l'intérêt de l'État dans la vie *potentielle* devient supérieur n'est pas moins arbitraire que le choix de tout autre point avant la viabilité ou de tout autre point ultérieur. Par conséquent, je crois que l'intérêt qu'a l'État à protéger la vie humaine potentielle existe tout au long de la grossesse.

Comme je l'ai indiqué au début de mes motifs, il est néanmoins possible de résoudre le pourvoi sans tenter de délimiter le droit à «la liberté» de l'art. 7

7 of the *Charter*. The violation of the right to "security of the person" and the relevant principles of fundamental justice are sufficient to invalidate s. 251 of the *Criminal Code*.

Some delay is inevitable in connection with any system which purports to limit to therapeutic reasons the grounds upon which an abortion can be performed lawfully. Any statutory mechanism for ensuring an independent confirmation as to the state of the woman's life or health, adopted pursuant to the objective of assuring the protection of the foetus, will inevitably result in a delay which would exceed whatever delay would be encountered if an independent opinion was not required. Furthermore, rules promoting the safety of abortions designed to protect the interest of the pregnant woman will also cause some unavoidable delay. It is only in so far as the administrative structure creates delays which are unnecessary that the structure can be considered to violate the principles of fundamental justice. Indeed, an examination of the delays caused by certain of the procedural requirements in s. 251(4) reveals that they are unnecessary, given Parliament's objectives in establishing the administrative structure. I note parenthetically that it is not sufficient to argue that the structure would operate in a fair manner but for the applications from women who do not qualify in respect of the standard in s. 251(4)(c). A fair structure, put in place to decide between those women who qualify for a therapeutic abortion and those who do not, should be designed with a view to efficiently meeting the demands which it must necessarily serve.

One such example of a rule which is unnecessary is the requirement in s. 251(4) that therapeutic abortions must take place in an eligible hospital to be lawful. I have observed that s. 251(4) directs that therapeutic abortions take place in accredited or approved hospitals, with at least four physicians, and that, because of the lack of such hospitals in many parts of Canada, this often causes delay for women seeking treatment. As I noted earlier, this requirement was plainly adopted to assure the safety of the abortion procedure gener-

de la *Charte*. La violation du droit à «la sécurité de la personne» et les principes pertinents de justice fondamentale sont suffisants pour invalider l'art. 251 du *Code criminel*.

^a Un certain délai est inévitable pour tout système qui prétend limiter à des raisons thérapeutiques les motifs qui permettent de pratiquer un avortement licitement. Tout mécanisme légal qui vise à obtenir ^b une confirmation indépendante de l'état de santé de la femme ou du danger pour sa vie, adopté conformément à l'objectif d'assurer la protection du fœtus, engendre inévitablement un délai supérieur à tout autre délai auquel on pourrait avoir à se plier si une opinion indépendante n'était pas exigée. En outre, les règles qui visent à assurer des avortements sans danger et qui sont conçues pour la protection de la femme enceinte sont elles aussi, ^d inévitablement, sources d'un certain délai. C'est uniquement dans la mesure où la structure administrative crée des délais qui ne sont pas nécessaires qu'on peut considérer qu'elle viole les principes de justice fondamentale. Un examen des délais occasionnés par certaines exigences en matière de procédure du par. 251(4) révèle effectivement ^e qu'ils ne sont pas nécessaires, compte tenu des objectifs que poursuivait le législateur en établissant cette structure administrative. Je souligne, entre parenthèses, qu'il ne suffit pas de soutenir que la structure fonctionnerait équitablement n'étaient-ce les demandes de femmes inadmissibles au regard du critère de l'al. 251(4)c). Une structure équitable mise en place pour départager les femmes admissibles à un avortement thérapeutique de celles qui ne le sont pas devrait être conçue de manière à satisfaire efficacement aux demandes auxquelles elle doit nécessairement répondre.

^h Un exemple de règle inutile, c'est l'exigence du par. 251(4) que les avortements thérapeutiques aient lieu dans un hôpital admissible pour être licites. J'ai fait observer que le par. 251(4) exige ⁱ que les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux accrédités ou approuvés, comptant au moins quatre médecins, et que l'absence de tels hôpitaux dans bien des régions du Canada est souvent à la source de délais pour les femmes qui veulent être traitées. Comme je l'ai noté précédemment, cette exigence a manifeste-

ally, and particularly the safety of the pregnant woman, after the standard of s. 251(4) has been met and after the certificate to this effect has been issued enabling the woman to have a lawful abortion. The objective in respect of which the in-hospital rule was adopted is safety and not the state interest in the protection of the foetus. As the rule stands in s. 251(4), however, no exception is currently possible. The evidence discloses that there is no justification for the requirement that all therapeutic abortions take place in hospitals eligible under the *Criminal Code*. In this sense, the delays which result from the hospital requirement are unnecessary and, consequently, in this respect, the administrative structure for therapeutic abortions is manifestly unfair and offends the principles of fundamental justice.

Experts testified at trial that the principal justification for the in-hospital rule is the problem of post-operative complications. There are of course instances in which the danger to life or health observed by the therapeutic abortion committee will constitute sufficient grounds for the procedure to take place in a hospital. There are other instances in which the circumstances of the procedure itself requires that it be performed in hospital, such as certain abortions performed at an advanced gestational age or cases in which the patient is particularly vulnerable to what might otherwise be a simple procedure.

In many cases, however, there is no medical justification that the therapeutic abortion take place in a hospital. Experts testified at trial, that many first trimester therapeutic abortions may be safely performed in specialized clinics outside of hospitals because the possible complications can be handled, and in some cases better handled, by the facilities of a specialized clinic. The parties submitted statistics comparing complication rates for in-hospital abortions and those performed in non-hospital facilities. These statistics are of limited value for our purposes because, not surprisingly,

ment été adoptée pour assurer, de manière générale, que les avortements soient pratiqués en toute sécurité et, plus particulièrement, pour assurer la sécurité de la femme enceinte, une fois satisfait le critère du par. 251(4) et une fois délivré le certificat en ce sens, autorisant la femme à subir un avortement licite. L'objectif pour lequel la règle de l'avortement à l'hôpital a été adoptée était la sécurité et non l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus. Mais la règle, que l'on trouve au par. 251(4), ne permet actuellement aucune exception. Il ressort de la preuve que l'obligation que tous les avortements aient lieu dans des hôpitaux admissibles en vertu du *Code criminel* n'est pas justifiée. En ce sens, les délais qui résultent de l'exigence relative aux hôpitaux ne sont pas nécessaires et, par conséquent, à cet égard, la structure administrative concernant les avortements thérapeutiques est nettement injuste et viole les principes de justice fondamentale.

Des experts sont venus témoigner en première instance que la principale justification de la règle de l'avortement à l'hôpital réside dans le problème des complications postopératoires. Il y a bien sûr des cas où le danger pour la vie ou la santé constaté par le comité de l'avortement thérapeutique constituera un motif suffisant pour que l'intervention ait lieu à l'hôpital. Il y a d'autres cas où les circonstances entourant l'intervention elle-même exigent qu'elle soit pratiquée à l'hôpital; il en va ainsi notamment de certains avortements pratiqués à un stade avancé de la grossesse ou des cas où la patiente est particulièrement vulnérable à ce qui autrement pourrait constituer une intervention simple.

Dans bien des cas cependant, il n'y a aucune justification médicale à ce que l'avortement thérapeutique soit pratiqué à l'hôpital. D'après les témoignages des experts en première instance, un grand nombre d'avortements thérapeutiques du premier trimestre peuvent être pratiqués en toute sécurité à l'extérieur de l'hôpital dans des cliniques spécialisées du fait que celles-ci sont équipées, et dans certains cas mieux équipées, pour faire face aux éventuelles complications. Les parties ont produit des statistiques comparant les taux de complications des avortements à l'hôpital et des avorte-

the higher reported rates in hospitals are due in part to the fact that the more dangerous cases are treated in hospital. What is more revealing, however, are statistics which show that a high percentage of therapeutic abortions performed in Canada are performed on an out-patient basis:

The average length of stay in hospitals per therapeutic abortion case was less than a day in 1985. This average includes 46,567 cases or 76.9 per cent of 60,518 therapeutic abortion cases for women, for whom the pregnancy terminations took place on an outpatient (day care) basis. The per cent of outpatient therapeutic abortions increased to 76.9% in 1985 from 59.7% in 1981 and 34.9% in 1975. [*Therapeutic abortions, 1985, supra*, at p. 20.]

The substantial increase in the percentage of abortions performed on an out-patient basis since 1975 underscores the view that the in-hospital requirement, which may have been justified when it was first adopted, has become exorbitant. One suspects that the number of out-patient abortions would be even higher if the *Criminal Code* did not prevent women in many parts of Canada from obtaining timely and effective treatment by requiring them to travel to places where eligible hospital facilities were available. Furthermore, these figures do not include out-patient abortions which may have qualified as therapeutic under the standard in s. 251(4)(c) which were performed on Canadian women in the United States and in clinics currently operating in Canada outside the s. 251(4) exception. Citing the Canadian abortion law's in-hospital requirement as a legislative standard which is difficult to satisfy, Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens observe that "Rigid statutory formulae may not improve . . . distribution of services but may obstruct appropriate response to health needs": *Abortion Laws in Commonwealth Countries* (1979), at p. 28.

ments pratiqués en dehors du milieu hospitalier. Ces statistiques n'ont qu'une valeur limitée pour nos fins car, cela ne surprend guère, les taux plus élevés donnés pour les hôpitaux sont dus en partie au fait que les cas les plus dangereux sont traités à l'hôpital. Sont toutefois plus révélatrices les statistiques qui démontrent qu'un fort pourcentage d'avortements thérapeutiques au Canada sont pratiqués en consultation externe:

La durée moyenne d'hospitalisation des femmes ayant subi un avortement thérapeutique a été de moins d'une journée en 1985. Cette moyenne tient compte des 46,567 cas d'avortements thérapeutiques pratiqués en consultation externe, soit 76.9% des 60,518 avortements thérapeutiques déclarés. Le pourcentage des avortements thérapeutiques pratiqués en consultation externe est passé de 34.9% en 1975, puis 59.7% en 1981 et à 76.9% en 1985. [*Avortements thérapeutiques, 1985, précité*, à la p. 20.]

La croissance importante du pourcentage des avortements pratiqués en consultation externe depuis 1975 confirme que l'exigence relative aux hôpitaux, peut-être justifiée lorsqu'elle a été adoptée, est devenue exorbitante. Il y a lieu de croire que le nombre d'avortements pratiqués en consultation externe serait encore plus élevé si le *Code criminel* n'empêchait pas les femmes, dans de nombreuses régions du Canada, d'obtenir un traitement efficace, au moment opportun, en les obligeant à se déplacer et à se rendre là où se trouve un établissement hospitalier admissible. De plus, ces chiffres n'incluent pas les avortements pratiqués en consultation externe, qui auraient pu être admissibles à titre d'avortements thérapeutiques d'après le critère de l'al. 251(4)c), sur des Canadiennes aux États-Unis et dans des cliniques canadiennes agissant en dehors de l'exception du par. 251(4). Décrivant l'obligation de l'avortement à l'hôpital imposée par le droit canadien comme un critère législatif difficile à respecter, Rebecca J. Cook et Bernard M. Dickens font observer que [TRADUCTION] «[u]ne formulation législative rigide pourrait fort bien ne pas améliorer la distribution des services et constituer un obstacle à toute réponse appropriée aux besoins de santé»: *La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth* (1979), à la p. 31.

In the Powell Report, several recommendations were made as to options for abortion service delivery in Ontario. In support of these recommendations, the Report included the following, at pp. 21 and 35:

When many countries legalized abortion, hospitals were viewed as the appropriate providers of safe abortion services. Since then, studies have demonstrated that abortions can be performed safely in other types of facilities, (Tietze & Henshaw, 1986). The complication rate for all abortions performed in nonhospital facilities, is no higher than for those which take place in hospitals (Grimes et al., 1981).

Hospitals are often hard pressed to find time in the busy operating room schedules to fit in abortion procedures. In most hospitals, abortions are not viewed as a priority for scheduling. Gynaecologists must fit abortions into their allotted time in operating rooms. Although abortions can be performed in minor procedure rooms with no jeopardy to the patient, this is an unusual practice.

The presence of legislation in other jurisdictions permitting certain abortions to be performed outside of hospitals is especially revealing as to the safety of the procedure in those circumstances and of the necessity to provide alternative means given the limited resources of hospitals. In the Powell Report, it was observed, at p. 21, that:

In a number of European countries, including the Netherlands, Poland and West Germany, approximately half of the abortions are performed in non-hospital facilities. In France in 1982, 53 percent of abortions were performed in 90 "centres d'interruption volontaire de grossesse" which were administered by hospitals but were in practice separate abortion clinics. The French government ordered all public hospitals that could not meet the demand for abortions to provide such clinics.

Particularly striking is the United States experience in respect of the in-hospital rule. The Powell Report noted that 82 per cent of abortions performed in the United States in 1982 were done outside of hospitals (at p. 22). Experts confirmed

Dans le rapport Powell, plusieurs recommandations portent sur les options envisageables en matière de services d'avortement en Ontario. À l'appui de ces recommandations, le rapport contient ce qui suit, aux pp. 21 et 35:

[TRADUCTION] Lorsque de nombreux pays ont légalisé l'avortement, les hôpitaux étaient considérés comme les fournisseurs tout indiqués de services d'avortements sans danger. Depuis lors, des études ont démontré que les avortements peuvent être pratiqués en toute sécurité dans d'autres genres d'institutions (Tietze & Henshaw, 1986). Le taux de complications de tous les avortements pratiqués ailleurs que dans des établissements hospitaliers n'est pas plus élevé que celui des avortements pratiqués à l'hôpital (Grimes et al., 1981).

Les hôpitaux éprouvent beaucoup de difficultés à trouver du temps, dans l'horaire surchargé des salles d'opération, pour pratiquer les interruptions de grossesse. Dans la plupart des hôpitaux, les avortements ne sont pas considérés comme une priorité sur leur liste. Les gynécologues doivent caser les avortements à l'intérieur du temps de salle d'opération qui leur est alloué. Bien que les avortements puissent être pratiqués dans des salles d'interventions mineures, sans risque pour la patiente, il s'agit bien là d'une pratique inhabituelle.

L'existence de lois dans d'autres pays autorisant la pratique de certains avortements à l'extérieur de l'hôpital est particulièrement révélatrice de la sûreté de l'intervention dans ces circonstances et de la nécessité de prévoir d'autres moyens étant donné les ressources limitées des hôpitaux. Dans le rapport Powell, on fait observer, à la p. 21, que:

[TRADUCTION] Dans de nombreux pays européens, y compris les Pays-Bas, la Pologne et l'Allemagne de l'Ouest, approximativement la moitié des avortements sont pratiqués ailleurs que dans des établissements hospitaliers. En France, en 1982, 53 pour 100 des avortements ont été pratiqués dans 90 «centres d'interruption volontaire de grossesse» administrés par les hôpitaux, mais constituant en pratique des cliniques d'avortement distinctes. Le gouvernement français a ordonné que tous les hôpitaux publics qui ne pouvaient répondre à la demande d'avortements offrent de telles cliniques.

L'expérience américaine est particulièrement saisissante au sujet de la règle de l'avortement à l'hôpital. Le rapport Powell a souligné que 82 pour 100 des avortements pratiqués aux États-Unis en 1982 l'avaient été en dehors du milieu hospitalier

this finding at trial. Dr. Christopher Tietze, a recognized expert on abortion, explained at trial that in 1981 all out-of-hospital abortion clinics in the United States performed abortions up to 10 weeks gestational age, 90 per cent of clinics performed abortions up to 12 weeks, 50 per cent of clinics up to 14 weeks and 20 per cent accepted patients up to 16 weeks. Although the legal basis upon which women assert a constitutional right of access to abortion is different in the United States than that which I find in the case at bar, the American experience as to the inappropriateness of a universal in-hospital requirement remains relevant.

The Powell Report proposed a number of projects as alternatives to the in-hospital rule for therapeutic abortions. Each proposal is designed to be "under the jurisdiction of a hospital board or several hospital boards with approval for abortion services provided through hospital therapeutic abortion committee mechanisms" (at p. 37). One such proposal is for the establishment of comprehensive women's health care clinics which would provide first trimester abortions, referrals to hospitals for second trimester abortions and post-abortion counselling. Regional centres for therapeutic abortion clinics affiliated with but not necessarily located in a hospital are also proposed in the Report, which goes on to emphasize that first trimester ambulatory abortions are those most appropriate for a non-hospital setting.

The Badgley Committee also made a series of proposals designed to reduce the number and type of complications associated with therapeutic abortions. These included a proposal, at p. 322, for "concentrating the performance of the abortion procedure into specialized units with a full range of the required equipment and facilities and staffed by experienced and specially trained nurses and medical personnel".

(à la p. 22). Les experts ont confirmé cette constatation en première instance. Le Dr Christopher Tietze, un expert reconnu en matière d'avortements, a expliqué en première instance qu'en 1981 toutes les cliniques d'avortements à l'extérieur des hôpitaux, aux États-Unis, avaient pratiqué des avortements jusqu'au stade de dix semaines de grossesse, 90 pour 100 des cliniques en avaient pratiqué jusqu'au stade de 12 semaines, 50 pour 100 jusqu'au stade de 14 semaines et 20 pour 100 acceptaient des patientes jusqu'à 16 semaines. Quoique le fondement juridique en vertu duquel les femmes revendiquent un droit constitutionnel à l'avortement diffère aux États-Unis de celui que je constate en l'espèce, l'expérience américaine concernant l'inopportunité d'une obligation universelle de pratiquer l'avortement à l'hôpital demeure pertinente.

Le rapport Powell a proposé un certain nombre de solutions de rechange à la règle de l'hôpital applicable aux avortements thérapeutiques. Chaque proposition est conçue de façon à [TRANSDUCTION] «relever de la compétence d'un conseil d'hôpital ou de plusieurs conseils d'hôpitaux, avec approbation des avortements par le biais des comités de l'avortement thérapeutique de l'hôpital» (à la p. 37). L'une de ces propositions est d'établir des cliniques générales de santé pour les femmes qui offriraient des avortements du premier trimestre et l'assistance postavortement, et renverraient aux hôpitaux pour les avortements du second trimestre. Des centres régionaux de clinique d'avortements thérapeutiques affiliés à un hôpital, sans nécessairement y être localisés, sont aussi proposés dans le rapport, qui souligne également que les avortements ambulatoires du premier trimestre sont les plus appropriés en dehors du cadre hospitalier.

Le comité Badgley a fait lui aussi une série de propositions conçues pour réduire le nombre et le genre de complications liées aux avortements thérapeutiques. Il a proposé notamment le "regroupement de la pratique des avortements dans des services spécialisés munis de tout l'équipement et de toutes les installations nécessaires et dotés d'un personnel médical et infirmier expérimenté et ayant reçu une formation spéciale à cet égard", à la p. 358.

Whatever the eventual solution may be, it is plain that the in-hospital requirement is not justified in all cases. Although the protection of health of the woman is the objective which the in-hospital rule is intended to serve, the requirement that all therapeutic abortions be performed in eligible hospitals is unnecessary to meet that objective in all cases. In this sense, the rule is manifestly unfair and offends the principles of fundamental justice. I appreciate that the precise nature of the administrative solution may be complicated by the constitutional division of powers between Parliament and the provinces. There is no doubt that Parliament could allow the criminal law exception to operate in all hospitals, for example, though the provinces retain the power to establish these hospitals under s. 92(7) of the *Constitution Act, 1867*. On the other hand, if Parliament decided to allow therapeutic abortions to be performed in provincially licensed clinics, it is possible that both Parliament and the provinces would be called upon to collaborate in the implementation of the plan.

An objection can also be raised in respect of the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed. It is difficult to see a connection between this requirement and any of the practical purposes for which s. 251(4) was enacted. It cannot be said to have been adopted in order to promote the safety of therapeutic abortions or the safety of the pregnant woman. Nor is the rule designed to preserve the state interest in the foetus. The integrity of the independent medical opinion is no better served by a committee within the hospital than a committee from outside the hospital as long as the practising physician remains excluded in both circumstances as part of a proper state participation in the choice of the procedure necessary to secure an independent opinion.

In a recent unpublished paper entitled *Options for Abortion Policy Reform: A Consultation Document* (1986), at p. 74, the Fetal Status Working Group, (Edward W. Keyserlingk, Director), Protection of Life Project of the Law Reform

Quelle que soit la solution adoptée, il est clair que l'obligation de pratiquer l'avortement dans un hôpital n'est pas justifiée dans tous les cas. Si la protection de la santé de la femme est l'objectif visé par la règle de l'hôpital, l'exigence que tous les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux admissibles n'est pas nécessaire pour l'atteindre dans tous les cas. En ce sens, la règle est nettement injuste et viole les principes de justice fondamentale. Je sais que la nature précise de la solution administrative peut se trouver compliquée par le partage constitutionnel des compétences entre le Parlement et les provinces. Il ne fait pas de doute que le Parlement pourrait permettre que l'exception du droit criminel s'applique dans tous les hôpitaux, par exemple, bien que les provinces conservent le pouvoir d'établir ces hôpitaux en vertu du par. 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'autre part, si le Parlement décidait d'autoriser de pratiquer des avortements thérapeutiques dans des cliniques autorisées par une province, il se peut que le Parlement et les provinces soient amenés à collaborer à la mise en œuvre du plan.

Une objection peut également être soulevée à l'égard de l'obligation que le comité provienne de l'hôpital accrédité ou approuvé où l'avortement doit être pratiqué. Il est difficile de voir un lien entre cette exigence et l'une ou l'autre des raisons pratiques pour lesquelles le par. 251(4) a été adopté. On ne peut pas dire qu'elle a été adoptée pour promouvoir la sécurité des avortements thérapeutiques ni celle de la femme enceinte. La règle n'est pas non plus conçue pour préserver l'intérêt qu'a l'État dans le fœtus. L'intégrité de l'opinion médicale indépendante n'est pas mieux garantie par un comité interne de l'hôpital que par un comité externe, à la condition que le médecin traitant demeure exclu dans les deux cas comme élément de la participation appropriée de l'État au choix de la procédure nécessaire pour assurer l'obtention d'une opinion indépendante.

Dans un document récent inédit, intitulé *La réforme en matière d'avortement: les solutions possibles* (1986), à la p. 74, le groupe de travail sur le statut juridique du fœtus, section de recherche sur la protection de la vie (Edward W. Keyser-

Commission of Canada confirmed the view that the requirement that abortion committees be limited to hospitals is unnecessary:

Restricting the existence of these committees to hospitals appears to be one of the reasons for delays and inequitable access. There appears to be no compelling medical reason why committees should not be attached to clinics which are equipped and licensed to provide this procedure.

The Law Reform Commission's Working Group raises the possibility of regional abortion committees to replace the current rule (*supra*, at p. 76). The Powell Report proposals include a model whereby a central therapeutic abortion committee could serve several hospitals (*supra*, at p. 38).

Whatever solution is finally retained, it is plain that the requirement that the therapeutic abortion committee come from the hospital in which the abortion will be performed serves no real purpose. The risk resulting from the delay caused by s. 251(4) in this respect is unnecessary. Consequently, this requirement violates the principles of fundamental justice.

Other aspects of the committee requirement in s. 251(4) add to the manifest unfairness of the administrative structure. These include requirements which are at best only tenuously connected to the purpose of obtaining independent confirmation that the standard in s. 251(4)(c) has been met and which do not usefully contribute to the realization of that purpose. Hospital boards are entitled to appoint committees made up of three or more qualified medical practitioners. As I observed earlier, if more than three members are appointed, precious time can be lost when quorum cannot be established because members are absent. Whatever the number of members necessary to arrive at an independent appreciation of the state of the woman's life or health may in fact be, this number should be kept to a minimum to avoid unnecessary delays which, as I have explained, result in increased risk to women. Allowing a board to increase the number of members above a statutory

lingk, directeur), Commission de réforme du droit du Canada, confirme l'opinion qu'il n'est pas nécessaire d'exiger que les comités de l'avortement soient limités aux hôpitaux:

^a Les lenteurs du système actuel et les inégalités d'accès sont en partie imputables au fait que les comités ne peuvent être établis que dans des hôpitaux. Or, il ne semble exister, sur le plan médical, aucune raison contraignante pour empêcher de constituer un comité dans une clinique qui dispose du matériel et des permis nécessaires.

^b Le groupe de travail de la Commission de réforme du droit soulève la possibilité d'avoir des comités d'avortement régionaux pour remplacer la règle actuelle (précitée, à la p. 76). Les propositions du rapport Powell comportent un modèle selon lequel un comité central de l'avortement thérapeutique desservirait plusieurs hôpitaux (précité, à la p. 38).

^c Quelle que soit la solution finalement retenue, il est clair que l'obligation que le comité de l'avortement thérapeutique provienne de l'hôpital où l'avortement sera pratiqué ne sert aucune fin véritable. Le risque résultant du délai engendré par le par. 251(4) à cet égard est inutile. Par conséquent, cette exigence viole les principes de justice fondamentale.

^d D'autres aspects de l'obligation d'avoir un comité, imposée par le par. 251(4), ajoutent à l'inéquité manifeste de la structure administrative. Ils comportent des exigences qui, au mieux, n'ont qu'un rapport ténu avec l'objectif d'obtenir une confirmation indépendante que le critère de l'al. 251(4)c) a été respecté et qui n'apportent aucune contribution utile à la réalisation de cet objectif. Les conseils d'hôpitaux ont le droit de nommer des comités formés de trois médecins qualifiés ou plus. Comme je l'ai déjà fait observer, si l'on nomme plus de trois membres, un temps précieux peut être perdu lorsqu'il est impossible d'atteindre le quorum en raison de l'absence de certains membres. Quel que soit le nombre de membres du comité nécessaire pour avoir une appréciation indépendante de l'état de santé de la femme ou du danger pour sa vie, il faudrait s'en tenir à un nombre minimum afin d'éviter les délais inutiles qui, comme je l'ai expliqué, accroissent les risques

minimum of three members does not add to the integrity of the independent opinion. This aspect of the current rule is unnecessary and, since it can result in increased risks, offends the principles of fundamental justice.

Similarly, the exclusion of all physicians who practise therapeutic abortions from the committees is exorbitant. This rule was no doubt included in s. 251(4) to promote the independence of the therapeutic abortion committees' appreciation of the standard. As I have said, the exclusion of the practising physician, although it diverges from usual medical practice, is appropriate in the criminal context to ensure the independent opinion with respect to the life or health of that physician's patient. The exclusion of all physicians who perform therapeutic abortions from committees, even when they have no connection with the patient in question, is not only unnecessary but potentially counterproductive. There are no reasonable grounds to suspect bias from a physician who has no connection with the patient simply because, in the course of his or her medical practice, he or she performs lawful abortions. Furthermore, physicians who perform therapeutic abortions have useful expertise which would add to the precision and the integrity of the independent opinion itself. Some state control is appropriate to ensure the independence of the opinion. However, this rule as it now stands is excessive and can increase the risk of delay because fewer physicians are qualified to serve on the committees.

The foregoing analysis of the administrative structure of s. 251(4) is by no means a complete catalogue of all the current systems' strengths and failings. It demonstrates, however, that the administrative structure put in place by Parliament has enough shortcomings so that s. 251(4), when considered as a whole, violates the principles of fundamental justice. These shortcomings stem from rules which are not necessary to the purposes for which s. 251(4) was established. These un-

pour les femmes. Autoriser un conseil à augmenter le nombre de ses membres au-dessus du minimum légal de trois n'ajoute rien à l'intégrité de l'opinion indépendante. Cet aspect de la règle actuelle n'est pas nécessaire et, comme il peut en résulter des risques accrus, il viole les principes de justice fondamentale.

De même, l'exclusion au sein de ces comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques est exorbitante. Cette règle a sans doute été incluse dans le par. 251(4) pour favoriser le caractère indépendant de l'appréciation du critère par les comités de l'avortement thérapeutique. Comme je l'ai dit, l'exclusion du médecin traitant, bien qu'elle s'écarte de la pratique médicale habituelle, est appropriée dans un contexte criminel pour assurer une opinion indépendante sur le danger pour la vie ou la santé de la patiente du médecin. L'exclusion au sein des comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques, même lorsqu'ils n'ont aucun lien avec la patiente en cause, est non seulement inutile mais potentiellement nuisible. Il n'y a pas de motifs raisonnables de soupçonner qu'un médecin qui n'a aucun lien avec la patiente est partial simplement parce que, dans le cours de son exercice de la médecine, il pratique des avortements licites. De plus, les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques possèdent des compétences utiles qui peuvent accroître la précision et l'intégrité de l'opinion indépendante elle-même. Un certain contrôle de l'État s'impose si l'on veut assurer le caractère indépendant de l'opinion. Toutefois, la règle dans son état actuel est excessive et susceptible d'accroître le risque de délai du fait que moins de médecins sont admissibles à siéger à ces comités.

L'analyse qui précède de la structure administrative du par. 251(4) ne se veut nullement un tableau complet de tous les points forts et de toutes les faiblesses du système actuel. Elle démontre néanmoins que la structure administrative mise en place par le législateur fédéral comporte suffisamment de lacunes pour que le par. 251(4), pris dans son ensemble, viole les principes de justice fondamentale. Ces lacunes résultent de règles qui ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs

necessary rules, because they impose delays which result in an additional risk to women's health, are manifestly unfair.

V — Section 1 of the *Charter*

I agree with the view that s. 1 of the *Charter* can be used to save a legislative provision which breaches s. 7 in the manner which s. 251 of the *Criminal Code* violates s. 7 in this case. Section 1 states:

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.

The Chief Justice provided an analysis of s. 1 in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39, which is appropriate for the purposes of addressing s. 1 in the case at bar. Those seeking to uphold s. 251 of the *Criminal Code* must demonstrate the following:

- (1) the objective which s. 251 is designed to serve must "relate to concerns which are pressing and substantial"; and
- (2) "once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves a 'form of proportionality test'."

I shall consider each of these two criteria which must be met if the limit on the s. 7 right is to be found reasonable.

(1) *The Objective of s. 251*

I agree with Wilson J.'s characterization of s. 251, explained in the following terms, at p. 181:

In my view, the primary objective of the impugned legislation must be seen as the protection of the foetus. It undoubtedly has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of pregnant women, but I believe that the main objective advanced to justify a restriction on the pregnant woman's s. 7 right is the protection of the foetus.

pour lesquels le par. 251(4) a été édicté. Ces règles inutiles, du fait qu'elles imposent des délais qui entraînent un risque additionnel pour la santé des femmes, sont nettement injustes.

^a V — L'article premier de la *Charte*

Je partage l'avis qu'on peut avoir recours à l'article premier de la *Charte* pour sauvegarder une disposition législative qui enfreint l'art. 7 de la manière dont l'art. 251 du *Code criminel* viole celui-ci en l'espèce. L'article premier porte:

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.

^d Le Juge en chef fournit, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, une analyse de l'article premier qui est pertinente aux fins d'aborder ce même article en l'espèce. Ceux qui veulent soutenir la validité de l'art. 251 du *Code criminel* doivent démontrer ce qui suit:

- (1) l'objectif que l'art. 251 vise à servir doit «se rapporte[r] à des préoccupations urgentes et réelles»; et
- (2) «dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité».

^h Je vais examiner chacun de ces deux critères auxquels il faut satisfaire pour que la restriction du droit conféré par l'art. 7 soit jugée raisonnable.

(1) *L'objectif de l'art. 251*

ⁱ Je souscris à la façon dont le juge Wilson qualifie l'art. 251, à la p. 181:

À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du fœtus. Elle a sans doute d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte, mais je crois que l'objectif principal invoqué pour justifier la restriction du droit de la femme enceinte garanti par l'art. 7 est la protection du fœtus.

The primary objective of the protection of the foetus is the main objective relevant to the analysis of s. 251 under the first test of *Oakes*. With the greatest respect, I believe the Chief Justice incorrectly identifies (at p. 75) the objective of balancing foetal interests and those of pregnant women, "with the lives and health of women a major factor", as "sufficiently important to meet the requirements of the first step in the *Oakes* inquiry under s. 1".

The focus in *Oakes* is the objective "which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve" (*supra*, at p. 138). In the context of the criminal law of abortion, the objective, which the measures in s. 251 responsible for a limit on the s. 7 *Charter* right are designed to serve, is the protection of the foetus. The narrow aim of s. 251(4) should not be confused with the primary objective of s. 251 as a whole. Given that s. 251 is a "comprehensive code", to use the expression of the Chief Justice, it is inappropriate, in my view, to focus on the exculpatory provision alone as the statement of Parliament's objective in establishing the crime. (See *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 751, in which the Court unanimously held that an exemption must be read in light of the affirmative provision to which it relates.) The ancillary objective of protecting the life or health of the pregnant woman, whether viewed alone or balanced against the protection of the foetus, is not the primary objective which the measures responsible for a limit on the constitutional right to security of the person were put in place to achieve.

This balance cannot be considered as Parliament's objective in establishing the crime nor in maintaining this activity as a crime following the amendments to the *Criminal Code* in 1969. Section 251(4) only applies in specified circumstances. When the life or health of a pregnant woman is not in danger and she seeks an abortion on the basis of her own non-medical "priorities and aspirations", it is plain that the rules in s. 251 preclud-

L'objectif premier, celui de la protection du foetus, est le principal objectif pertinent pour l'analyse de l'art. 251 selon le premier critère de l'arrêt *Oakes*. Je crois, en toute déférence, que le Juge en chef a mal identifié (à la p. 75) l'objectif d'équilibrer les intérêts du foetus et ceux des femmes enceintes — "la vie et la santé des femmes étant un facteur majeur" — comme étant "suffisamment important pour répondre aux exigences du premier volet de l'analyse, selon l'arrêt *Oakes*, au regard de l'article premier".

Le point central en vertu de l'arrêt *Oakes* est l'objectif «que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*» (précité, à la p. 138). Dans le contexte du droit criminel en matière d'avortement, l'objectif que visent à servir les mesures prévues à l'art. 251, qui sont à l'origine de la restriction du droit conféré par l'art. 7 de la *Charte*, est la protection du foetus. On ne doit pas confondre le but limité du par. 251(4) et l'objectif premier de l'art. 251 pris dans son ensemble. Étant donné que l'art. 251 constitue un «code complet», pour reprendre l'expression du Juge en chef, on ne peut à bon droit, à mon sens, se concentrer sur la disposition disculpatoire seule comme étant l'énoncé de l'objectif du Parlement en créant le crime. (Voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 751, où cette Cour a reconnu unanimement qu'une exemption doit s'interpréter en fonction de la disposition affirmative à laquelle elle se rapporte.) L'objectif secondaire, savoir la protection de la vie ou de la santé de la femme enceinte, considéré seul ou par rapport à la protection du foetus, n'est pas l'objectif premier pour lequel les mesures à l'origine de la restriction du droit constitutionnel à la sécurité de la personne ont été instaurées.

Cet équilibre ne peut pas être considéré comme l'objectif ayant conduit le Parlement à créer ce crime ni à conserver cette activité dans la catégorie des crimes suite aux modifications apportées au *Code criminel* en 1969. Le paragraphe 251(4) ne s'applique que dans des cas délimités. Lorsque la vie ou la santé d'une femme enceinte n'est pas en danger et qu'elle recherche un avortement en raison de ses propres «priorités et aspirations» non

ing her from obtaining a lawful abortion have as their sole objective the protection of the foetus.

Furthermore, as federal legislation in respect of Parliament's jurisdiction over the criminal law in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, s. 251 cannot be said to have as its sole or principal objective, as the appellants argue, the protection of the life or health of pregnant women. Legislation which in its pith and substance is related to the life or health of pregnant women, depending of course on its precise terms, would be characterized as in relation to one of the provincial heads of power (see *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 137, *per* Dickson J., as he then was). The exculpatory provision in s. 251(4) cannot stand on its own as a valid exercise of Parliament's criminal law power.

Does the objective of protecting the foetus in s. 251 relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society? The answer to the first step of the *Oakes* test is yes. I am of the view that the protection of the foetus is and, as the Court of Appeal observed, always has been, a valid objective in Canadian criminal law. I have already elaborated on this objective in my discussion of the principles of fundamental justice. I think s. 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put on a woman's right having regard to the state interest in the protection of the foetus.

(2) Proportionality

I turn now to the second test in *Oakes*. The Crown must show that the means chosen in s. 251 are reasonable and demonstrably justified. In *Oakes, supra*, at p. 139, the Chief Justice outlined three components of the proportionality test:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little

médicales, il est manifeste que les règles de l'art. 251 qui l'empêchent d'obtenir un avortement licite ont comme seul objectif la protection du foetus.

En outre, comme il s'agit d'un texte législatif fédéral relevant de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, selon le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on ne peut dire de l'art. 251 qu'il a pour unique ou principal objectif, comme les appelants le soutiennent, la protection de la vie ou de la santé des femmes enceintes. Une mesure législative qui, de par son caractère véritable, se rapporte à la vie ou à la santé des femmes enceintes, en fonction naturellement de ses termes précis, serait qualifiée de relative à l'un des chefs de compétence provinciale (voir *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 137, le juge Dickson, maintenant Juge en chef). La disposition disculpatoire du par. 251(4) ne saurait subsister d'elle-même à titre d'exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel.

La protection du foetus à titre d'objectif de l'art. 251 se rapporte-t-elle à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique? La réponse au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* est affirmative. Je suis d'avis que la protection du foetus est et, comme l'a fait observer la Cour d'appel, a toujours été un objectif valide du droit criminel canadien. J'ai déjà examiné en détail cet objectif dans mon analyse des principes de justice fondamentale. Je pense que l'article premier de la *Charte* permet de limiter raisonnablement le droit d'une femme compte tenu de l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus.

(2) Le critère de proportionnalité

J'en viens maintenant au second critère de l'arrêt *Oakes*. Le ministère public doit démontrer que les moyens choisis à l'art. 251 sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 139, le Juge en chef expose les trois composantes du critère de la proportionnalité:

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un

as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M. Drug Mart Ltd.*, . . . at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

For the purposes of the first component of proportionality, I observe that it was necessary, in my discussion of s. 251(4) and the principles of fundamental justice, to explain my view that certain of the rules governing access to therapeutic abortions free from criminal sanction are unnecessary in respect of the objectives which s. 251 is designed to serve. A rule which is unnecessary in respect of Parliament's objectives cannot be said to be "rationally connected" thereto or to be "carefully designed to achieve the objective in question". Furthermore, not only are some of the rules in s. 251 unnecessary to the primary objective of the protection of the foetus and the ancillary objective of the protection of the pregnant woman's life or health, but their practical effect is to undermine the health of the woman which Parliament purports to consider so important. Consequently, s. 251 does not meet the proportionality test in *Oakes*.

There is no saving s. 251 by simply severing the offending portions of s. 251(4). The current rule expressed in s. 251, which articulates both Parliament's principal and ancillary objectives, cannot stand without the exception in s. 251(4). The violation of pregnant women's security of the person would be greater, not lesser, if s. 251(4) was severed leaving the remaining subsections of s. 251 as they are in the *Criminal Code*.

Given my conclusion in respect of the first component of the proportionality test, it is not necessary to address the questions as to whether the means in s. 251 "impair as little as possible" the s. 7 *Charter* right and whether there is a proportionality between the effects of s. 251 and the objective of protecting the foetus. Thus, I am not required to answer the difficult question concerning the cir-

tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [. . .] à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Pour les fins de la première composante de la proportionnalité, j'ai fait observer, dans mon analyse du par. 251(4) et des principes de justice fondamentale, qu'il était nécessaire d'expliquer mon opinion que certaines des règles régissant la possibilité d'obtenir un avortement thérapeutique, sans menace de répression pénale, ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs pour lesquels l'art. 251 a été conçu. On ne saurait dire d'une règle qui n'est pas nécessaire pour atteindre les objectifs du législateur qu'elle a un «lien rationnel» avec ceux-ci ni qu'elle a été «soigneusement conçue pour atteindre l'objectif en question». De plus, non seulement certaines des règles de l'art. 251 ne sont-elles pas nécessaires à l'objectif premier, soit la protection du foetus, et à l'objectif secondaire, soit la protection de la vie ou de la santé de la femme enceinte, mais encore elles ont pour effet pratique de miner la santé de la femme que le législateur prétend considérer si importante. Par conséquent, l'art. 251 ne satisfait pas au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*.

L'article 251 ne saurait être sauvegardé par le simple retranchement des parties fautives du par. 251(4). La règle actuellement exprimée à l'art. 251, qui traduit à la fois les objectifs principaux et secondaires du législateur, ne saurait subsister sans l'exception du par. 251(4). La violation de la sécurité de la personne des femmes enceintes serait plus grande, et non moindre, si le par. 251(4) devait être retranché, laissant tels quels dans le *Code criminel* les autres paragraphes de l'art. 251.

Étant donné ma conclusion relative à la première composante du critère de la proportionnalité, il n'est pas nécessaire d'aborder les questions de savoir si les moyens choisis à l'art. 251 «porte[nt] le moins possible atteinte» au droit conféré par l'art. 7 de la *Charte* et s'il y a proportionnalité entre les effets de l'art. 251 et l'objectif consistant à protéger le foetus. Ainsi, je n'ai pas à répondre à

cumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the objective of the protection of the foetus. I do feel bound, however, to comment upon the balance which Parliament sought to achieve between the interest in the protection of the foetus and the interest in the life or health of the pregnant woman in adopting the amendments to the *Criminal Code* in 1969.

In *Oakes, supra*, at p. 140, the Chief Justice further explained the third component of the proportionality test in the following terms:

Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. [Emphasis added.]

The objective of protecting the foetus would not justify, in my view, the severity of the breach of pregnant women's right to security which would result if the exculpatory provision was completely removed from the *Criminal Code*.

The gist of s. 251(4) is, as I have said, that the objective of protecting the foetus is not of sufficient importance to defeat the interest in protecting pregnant women from pregnancies which represent a danger to life or health. I take this parliamentary enactment in 1969 as an indication that, in a free and democratic society, it would be unreasonable to limit the pregnant woman's right to security of the person by a rule prohibiting abortions in all circumstances when her life or health would or would likely be in danger. This decision of the Canadian Parliament to the effect that the life or health of the pregnant woman takes precedence over the state interest in the foetus is also reflected in legislation in other free and democratic societies.

la difficile question des circonstances dans lesquelles il y aurait proportionnalité entre les effets de l'art. 251, qui limitent le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne, et la protection du fœtus en tant qu'objectif. J'estime devoir néanmoins commenter l'équilibre que le législateur a cherché à établir entre l'intérêt qu'il y a dans la protection du fœtus et celui qu'il y a dans la vie ou la santé de la femme enceinte, en adoptant les modifications apportées au *Code criminel* en 1969.

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 140, le Juge en chef poursuit son explication de la troisième composante du critère de la proportionnalité dans les termes suivants:

Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [Je souligne.]

L'objectif consistant à protéger le fœtus ne justifierait pas, à mon avis, une atteinte au droit à la sécurité des femmes enceintes aussi grave que celle qui résulterait si la disposition disculpatoire était complètement supprimée du *Code criminel*.

Le paragraphe 251(4) porte essentiellement, comme je l'ai dit, que l'objectif de protection du fœtus n'est pas suffisamment important pour repousser l'intérêt qu'il y a à protéger les femmes enceintes contre des grossesses qui représentent un danger pour leur vie ou leur santé. Je considère que le texte adopté par le législateur en 1969 constitue une indication que, dans une société libre et démocratique, il serait déraisonnable de limiter le droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne par une règle interdisant les avortements dans toutes les circonstances lorsque sa vie ou sa santé serait ou serait probablement en danger. Cette décision du Parlement du Canada que la vie ou la santé de la femme enceinte a préséance sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus trouve aussi son pendant dans les lois d'autres sociétés libres et démocratiques.

In *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982* (1983), *passim*, submitted as an exhibit at trial, Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens report that, on the basis of the law in force as of November 1, 1982, the United Kingdom, New Zealand and Australia Capital Territory, New South Wales, Northern Territory, Queensland, South Australia, and Victoria, among other Commonwealth jurisdictions, include risk to the pregnant woman's life, physical health and mental health as legal grounds for abortion. The Crown and the Attorney General of Canada, in their books of authorities, cited statutes from these and other jurisdictions which indicate that a danger to the life or health of the pregnant woman takes precedence over the state interest in the foetus: the United Kingdom, *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87, s. 1(1)(a); Australian Northern Territory, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, s. 79 A(3)(a); South Australia, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, s. 82a(1)(a)(i); Federal Republic of Germany, *Criminal Code*, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), s. 218a(1); Israel, *Penal Law, 5737-1977* (as amended), art. 316(a)(4); New Zealand, *Crimes Act 1961*, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(1)(a); and France, *Code pénal*, art. 317 and *Code de la santé publique*, art. 162-1 and 162-12. This substantiates the view that the legislative decision in Canada that the life or health of the woman takes precedence over the state interest in the foetus is in accordance with s. 1 of the *Charter*.

I note that the laws in some of these foreign jurisdictions, unlike s. 251 of the *Criminal Code*, require a higher standard of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful. Would such a rule, if it was adopted in Canada, constitute a reasonable limit on the right to security of the person under s. 1 of the *Charter*? As I have said, given the actual wording of s. 251, pursuant to which the standard necessary for a lawful abortion does not vary according to the stage of pregnancy,

Dans l'ouvrage intitulé *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982* (1983), *passim*, une pièce produite en première instance, Rebecca J. Cook et Bernard M. Dickens rapportent que, selon le droit en vigueur au 1^{er} novembre 1982, le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et le Territoire de la capitale de l'Australie, la Nouvelle-Galles du Sud, le Territoire du Nord, le Queensland, l'Australie-Méridionale et Victoria, parmi d'autres ressorts du Commonwealth, incluent le risque pour la vie ou la santé physique et mentale de la femme enceinte comme motifs légaux d'avortement. Le ministère public et le procureur général du Canada, dans leurs dossiers de sources législative, jurisprudentielle et doctrinale, citent des lois de ces ressorts notamment, qui indiquent qu'un danger pour la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus: Royaume-Uni, *Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87, al. 1(1)(a); Territoire du Nord de l'Australie, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, al. 79 A(3)(a); Australie-Méridionale, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, sous-al. 82a(1)(a)(i); République fédérale de l'Allemagne, *Criminal Code*, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), al. 218a(1); Israël, *Penal Law, 5737-1977* (modifiée), al. 316a(4); Nouvelle-Zélande, *Crimes Act 1961*, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, al. 187A(1)(a) et France, *Code pénal*, art. 317 et *Code de la santé publique*, art. 162-1 et 162-12. Cela corrobore le point de vue selon lequel la décision du législateur canadien que la vie ou la santé de la femme a préséance sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus est conforme à l'article premier de la *Charte*.

Je souligne que les lois de certains de ces ressorts étrangers exigent, à la différence de l'art. 251 du *Code criminel*, que la santé soit plus gravement menacée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers pour que l'avortement soit légal. Si une telle règle était adoptée au Canada, constituerait-elle une limite raisonnable du droit à la sécurité de la personne au sens de l'article premier de la *Charte*? Comme je l'ai dit, vu le texte actuel de l'art. 251 selon lequel le critère requis pour qu'un avortement soit licite ne varie pas selon le

this Court is not required to consider this question under s. 1 of the *Charter*. It is possible that a future enactment by Parliament along the lines of the laws adopted in these jurisdictions could achieve a proportionality which is acceptable under s. 1. As I have stated, however, I am of the view that the objective of protecting the foetus would not justify the complete removal of the exculpatory provisions from the *Criminal Code*.

Finally, I wish to stress that we have not been asked to decide nor is it necessary, given my own conclusion that s. 251 contains rules unnecessary to the protection of the foetus, to decide whether a foetus is included in the word "everyone" in s. 7 so as to have a right to "life, liberty and security of the person" under the *Charter*.

VI — Other Grounds for Appeal

Counsel for the appellants raised several other grounds for appeal before this Court. The argument concerning the alleged invalidity of s. 605(1)(a) of the *Criminal Code* is the only *Charter* argument, apart from that pertaining to s. 7, which must be addressed. If the Crown had no right of appeal, the appellants would necessarily succeed on this sole ground as this Court would be required to quash the decision of the Court of Appeal. Although, as a result of my answers to the first and second constitutional questions, I am not required to respond to the other arguments to dispose of this appeal, I believe that it is appropriate to answer the non-*Charter* issues.

Section 91(27) of the Constitution Act, 1867

I agree with McIntyre J. and the Court of Appeal that there is no merit in the argument that s. 251 is *ultra vires* of Parliament. In *Morgentaler (1975)*, *supra*, this Court unanimously held that s. 251 is not colourable provincial legislation in relation to health but that it constitutes a proper exercise of Parliament's criminal law power pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. I agree. Indeed, as I have decided, s. 251 cannot be said to be simply a mechanism designed to protect

stade de la grossesse, cette Cour n'est pas obligée d'examiner cette question aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il est possible que le législateur puisse adopter à l'avenir une modification dans la veine des lois adoptées par ces ressorts qui créerait une proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier. Toutefois, comme je l'ai dit, je suis d'avis que l'objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas l'exclusion totale des dispositions disculpatoires du *Code criminel*.

Enfin, je tiens à souligner qu'on ne nous a pas demandé, pas plus qu'il n'est nécessaire de le faire, étant donné ma propre conclusion que l'art. 251 comporte des règles qui ne sont pas nécessaires pour la protection du fœtus, de décider si ce dernier est inclus dans le terme «chacun» de l'art. 7, de manière à être titulaire du droit «à la vie, à la liberté et la sécurité de sa personne» au sens de la *Charte*.

VI — Les autres moyens d'appel

L'avocat des appelants a soulevé plusieurs autres moyens d'appel devant nous. Le seul autre argument relatif à la *Charte*, à part celui concernant l'art. 7, que l'on doit examiner est celui qui a trait à l'invalidité de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. Si le ministère public n'avait aucun droit d'appel, les appelants auraient nécessairement gain de cause pour ce seul motif et nous serions tenus de casser la décision de la Cour d'appel. Quoique je ne sois pas obligé de répondre aux autres arguments pour trancher ce pourvoi vu mes réponses à la première et à la deuxième questions constitutionnelles, je crois qu'il est justifié de résoudre les questions qui ne mettent pas la *Charte* en cause.

Le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867

Comme le juge McIntyre et la Cour d'appel, je suis d'avis que l'allégation que l'art. 251 excède les pouvoirs du Parlement n'est pas fondée. Dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, précité, cette Cour a décidé à l'unanimité que l'art. 251 n'était pas un texte législatif provincial déguisé relatif à la santé, mais qu'il constituait un exercice valide du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je suis d'accord. De fait, comme je

the life or health of the pregnant woman. While this ancillary objective explains, in part, certain of the requirements of the exculpatory provision in s. 251(4), it does not represent the principal objective of s. 251 as a whole, which is to protect the state interest in the foetus. Parliament established the indictable offence of procuring a miscarriage, defined in s. 251(1) and s. 251(2), pursuant to this primary objective. I consider this a valid exercise of the criminal law power.

Section 96 of the Constitution Act, 1867

I agree with McIntyre J. that s. 251 does not give judicial powers to therapeutic abortion committees which were exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. As I have observed, in s. 251(4) Parliament has only given the committee the authority to make a medical determination regarding the pregnant woman's life or health. The panel of doctors exercises medical judgment on a medical question and performs no s. 96 judicial function. There is no merit in this argument.

Unlawful Delegation and Abdication of the Criminal Law Power

For the reasons given by McIntyre J., I agree that s. 251 does not constitute an unlawful delegation of federal legislative power nor does it represent an abdication of the criminal law power by Parliament.

Section 605(1)(a) of the Criminal Code

For the reasons given by McIntyre J., I agree that there is no merit in this argument.

Section 610(3) of the Criminal Code

Counsel for the appellants argued that s. 610(3) of the *Criminal Code*, which prohibits the awarding of costs in appeals involving indictable offences, violates ss. 7, 11(d), (f), (h) and 15 of the *Charter*. He also argued that this Court had the power to award costs on appeals under s. 24(1) of the *Charter*. It is unnecessary to decide whether or

l'ai décidé, on ne peut pas considérer l'art. 251 comme étant simplement un mécanisme visant la protection de la vie ou de la santé d'une femme enceinte. Quoique l'objectif secondaire explique en partie certaines des exigences de la disposition disculpatoire du par. 251(4), ce n'est pas l'objectif principal de l'art. 251 pris dans son ensemble, qui vise à protéger l'intérêt qu'a l'État dans le fœtus. Le Parlement a créé l'infraction criminelle de procurer un avortement comme le définissent les par. 251(1) et (2), conformément à cet objectif premier. Je considère qu'il s'agit d'un exercice valide du pouvoir en matière de droit criminel.

L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

Comme le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne donne pas aux comités de l'avortement thérapeutique les pouvoirs judiciaires que les cours de comté, de district et supérieures exerçaient au moment de la Confédération. Comme je l'ai souligné, à l'art. 251(4), le Parlement a seulement donné au comité le pouvoir de prendre une décision médicale relativement à la vie ou à la santé de la femme enceinte. Les médecins portent un jugement médical sur une question médicale et n'exercent aucune fonction judiciaire au sens de l'art. 96. Cet argument est mal fondé.

Délégation illégale du pouvoir en matière de droit criminel ou renonciation à ce pouvoir

Pour les motifs donnés par le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne constitue pas une délégation illégale d'un pouvoir législatif fédéral et ne représente pas non plus une renonciation du Parlement au pouvoir en matière de droit criminel.

L'alinéa 605(1)(a) du Code criminel

Pour les motifs exposés par le juge McIntyre, je suis d'avis que cet argument est mal fondé.

Le paragraphe 610(3) du Code criminel

L'avocat des appelants a soutenu que le par. 610(3) du *Code criminel*, qui interdit d'accorder des frais lors d'un appel relatif à un acte criminel, va à l'encontre de l'art. 7, des al. 11(d), (f), (h) et de l'art. 15 de la *Charte*. Il a aussi allégué que cette Cour dispose du pouvoir d'accorder, lors d'un pourvoi, des frais en vertu du par. 24(1) de la

not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates a *Charter* right. I agree with the Court of Appeal that, whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

* * *

With regard to defence counsel's address to the jury at trial, I associate myself completely with the comments made by the Chief Justice. In his address, Mr. Manning wrongly chose not to respect the very distinct roles the trial judge and the jury play in our system of criminal justice. In *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 836, McIntyre J., in a different context, stated:

No authority need be cited for the proposition that in a jury trial all questions of law are for the judge alone and, of equal importance, all questions of fact are for the jury alone. The distinction is of fundamental importance. It should be preserved so long as it is considered right to continue the use of the jury in criminal law.

The defence submission was, as the Court of Appeal stated, "a direct attack on the role and authority of the trial judge and a serious misstatement to the jury as to its duty and right in carrying out its oath" (*supra*, at p. 434). I am of the view that these strongly-stated observations are required for the benefit of counsel who in other proceedings may be tempted to follow this unacceptable practice.

Conclusion

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Charte. Il n'est pas nécessaire de déterminer si le par. 610(3) du *Code criminel* viole un droit conféré par la *Charte*. J'estime, tout comme la Cour d'appel, que quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devraient être accordés en l'espèce.

* * *

b

Pour ce qui est de la plaidoirie que l'avocat de la défense a adressée au jury en première instance, je partage totalement l'avis du Juge en chef. Dans sa plaidoirie, M^c Manning a choisi à tort de ne pas respecter les rôles très distincts que jouent le juge du procès et le jury dans notre système de justice criminelle. Dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, à la p. 836, le juge McIntyre a dit, dans un autre contexte:

Aucun précédent n'a à être cité pour justifier la proposition selon laquelle, dans un procès par jury, toutes les questions de droit relèvent exclusivement du juge et que, ce qui est tout aussi important, toutes les questions de fait relèvent exclusivement du jury. Cette distinction est d'une importance fondamentale. Elle doit être maintenue tant qu'on jugera bon de continuer d'avoir recours au jury en droit criminel.

La plaidoirie de la défense était, comme l'a dit la Cour d'appel, [TRADUCTION] «une attaque directe du rôle et du pouvoir du juge du procès et une déclaration sérieusement erronée quant aux obligations et aux droits du juré dans l'exécution de son engagement sous serment» (précité, à la p. 434). J'estime que ces observations fermes sont nécessaires pour la gouverne des avocats qui, dans d'autres affaires, peuvent être tentés de suivre cette pratique inacceptable.

Conclusion

Les questions constitutionnelles doivent recevoir les réponses suivantes:

1. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer:

The first constitutional question is answered in the affirmative in respect of the right of a pregnant woman to "security of the person" in s. 7 of the *Charter*.^a

2. Question:

If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?^b

Answer:

In respect of the violation of the right of a pregnant woman to "security of the person" in s. 7 caused by s. 251 of the *Criminal Code*, s. 251 is not justified by s. 1 of the *Charter*.^d

3. Question:

Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer:

No, in the sense that s. 251 is within the proper jurisdiction of Parliament on the basis of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.^f

4. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?^g

Answer:

No.

5. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?ⁱ

Answer:

No.

Réponse:

La première question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative en ce qui concerne le droit d'une femme enceinte à la «sécurité de sa personne» prévu par l'art. 7 de la *Charte*.

2. Question:

Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?^c

Réponse:

En ce qui concerne la violation du droit d'une femme enceinte à la «sécurité de sa personne» prévu à l'art. 7 que cause l'art. 251 du *Code criminel*, l'art. 251 n'est pas justifié par l'article premier de la *Charte*.

3. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?^e

Réponse:

Non, en ce que l'art. 251 est un exercice valide du pouvoir du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.^f

4. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?^g

Réponse:

Non.^h

5. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?ⁱ

Réponse:

Non.^j

6. Question:

Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer:

With respect to s. 605, the answer is no. Whether or not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates a *Charter* right, I agree with the Court of Appeal that, whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

7. Question:

If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

Given the answer to question 6, this question does not call for an answer.

On the basis of my answers to the first two constitutional questions, I would allow the appeal.

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

MCINTYRE J. (dissenting)—I have read the reasons for judgment prepared by my colleagues, the Chief Justice and Justices Beetz and Wilson. I agree that the principal issue which arises is whether s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I will make some comments later on other issues put forward by the appellants. The Chief Justice has set out the constitutional questions and the relevant statutory provisions, as well as the facts and procedural history. He has considered the scope of s. 7 of the *Charter* and, having found that it has been offended, he would allow the appeal. I am unable to

6. Question:

L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse:

En ce qui concerne l'art. 605, la réponse est non. Indépendamment de savoir si le par. 610(3) du *Code criminel* viole un droit conféré par la *Charte*, j'estime, tout comme la Cour d'appel, que quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devrait être accordé en l'espèce.

7. Question:

Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Vu la réponse à la question 6, aucune réponse n'a à être donnée à cette question-ci.

Compte tenu de mes réponses aux deux premières questions constitutionnelles, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

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

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—J'ai lu les motifs de jugement rédigés par mes collègues le Juge en chef et les juges Beetz et Wilson. Je suis d'accord pour dire que la question principale qui se pose est de savoir si l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce qui est de certaines autres questions soulevées par les appelants, j'y viendrai plus loin. Le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles ainsi que les dispositions législatives pertinentes et il a présenté un exposé des faits et des procédures. Il a examiné la portée de l'art. 7 de la *Charte* et, après avoir conclu qu'il avait été enfreint, il s'est dit d'avis

agree with his reasons or his disposition of the appeal. I find myself in broad general agreement with the reasons of the Court of Appeal, and I would dismiss the appeal on that basis and for reasons that I will endeavour to set forth.

Section 251 of the *Criminal Code*

I would say at the outset that it may be thought that this case does not raise the *Charter* issues which were argued and which have been addressed in the reasons of my colleagues. The charge here is one of conspiracy to breach the provisions of s. 251 of the *Criminal Code*. There is no doubt, and it has never been questioned, that the appellants adopted a course which was clearly in defiance of the provisions of the *Code* and it is difficult to see where any infringement of their rights, under s. 7 of the *Charter*, could have occurred. There is no female person involved in the case who has been denied a therapeutic abortion and, as a result, the whole argument on the right to security of the person, under s. 7 of the *Charter*, has been on a hypothetical basis. The case, however, was addressed by all the parties on that basis and the Court has accepted that position.

Section 251(1) and (2) of the *Criminal Code* make it an indictable offence for a person to use any means to procure the miscarriage of a female person and prescribe on conviction a maximum sentence of two years' imprisonment, in the case of the woman herself, and a maximum sentence of life imprisonment in the case of another person. Parliament has decreed that procuring a non-therapeutic abortion is a crime deserving of severe punishment. Subsection (4) provides that subs. (1) and (2) shall not apply where an abortion is performed in accordance with paras. (a), (b), (c) and (d) of subs. (4). These paragraphs provide that a qualified medical practitioner may perform an abortion, and a pregnant woman may permit an abortion, in an accredited or an approved hospital where the therapeutic abortion committee for the hospital (defined in subs. (6)) has given its certificate in writing, stating that in its opinion the continuation of the woman's pregnancy would or

d'accueillir le pourvoi. Pour ma part, je ne puis accepter ni ses motifs ni sa façon de trancher le pourvoi. Je souscris d'une manière générale aux motifs de la Cour d'appel et, pour cette raison et
 a pour d'autres que j'essayerai d'exposer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

L'article 251 du *Code criminel*

Je dirais au départ qu'on pourrait penser que le présent pourvoi ne soulève pas les questions liées à la *Charte* sur lesquelles ont porté les débats et que mes collègues ont traitées dans leurs motifs de jugement. Il s'agit, en l'espèce, d'une accusation de
 b complot en vue d'enfreindre les dispositions de l'art. 251 du *Code criminel*. Il ne fait pas de doute et on n'a jamais nié que les appelants ont adopté une ligne de conduite qui allait nettement à l'encontre des dispositions du *Code*, et on voit mal en
 c quoi ils ont pu subir une atteinte aux droits dont ils jouissent en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Il n'est nullement question ici d'une personne du sexe féminin qui s'est vu refuser l'avortement thérapeutique et, par conséquent, toute l'argumentation
 d relative au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte* repose sur une hypothèse. C'est toutefois sur ce fondement que toutes les parties ont plaidé et la Cour a accepté
 e cette façon de procéder.
 f

Les paragraphes 251(1) et (2) du *Code criminel* disposent que quiconque emploie quelque moyen pour procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin se rend coupable d'un acte criminel et
 g prescrivent sur déclaration de culpabilité une peine maximale de deux ans d'emprisonnement dans le cas de la femme elle-même et une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité dans le cas de toute
 h autre personne. Le Parlement a décrété que pratiquer un avortement non thérapeutique constitue un crime qui mérite d'être puni sévèrement. Aux termes du par. (4), les par. (1) et (2) ne s'appliquent pas lorsqu'un avortement est pratiqué en
 i conformité avec les al. (4)a), b), c) et d). Suivant ces alinéas, un médecin qualifié peut pratiquer un avortement, et une femme enceinte peut permettre qu'on la fasse avorter, dans un hôpital accrédité ou
 j approuvé dont le comité de l'avortement thérapeutique (expression définie au par. (6)) a délivré un certificat attestant qu'à son avis la continuation de

would be likely to endanger her life or health. The certificate may be given to a qualified medical practitioner only after the committee, by a majority of its members and at a meeting where the woman's case has been reviewed, has authorized the giving of the certificate. Subsection (5) empowers the Minister of Health of a province to require a therapeutic abortion committee to furnish copies of certificates issued by the committee and such other information relating to the issuing of the certificate as he may require, and gives the Minister power to require similar information from a medical practitioner who has procured an abortion. Subsection (6) is the definitional section. It is clear from the foregoing that abortion is prohibited and that subs. (4) provides relieving provisions allowing an abortion in certain limited circumstances. It cannot be said that s. 251 of the *Criminal Code* confers any general right to have or to procure an abortion. On the contrary, the provision is aimed at protecting the interests of the unborn child and only lifts the criminal sanction where an abortion is necessary to protect the life or health of the mother.

In considering the constitutionality of s. 251 of the *Criminal Code*, it is first necessary to understand the background of this litigation and some of the problems which it raises. Section 251 of the *Code* has been denounced as ill-conceived and inadequate by those at one extreme of the abortion debate and as immoral and unacceptable by those at the opposite extreme. There are those, like the appellants, who assert that on moral and ethical grounds there is a simple solution to the problem: the inherent "right of women to control their own bodies" requires the repeal of s. 251 in favour of the principle of "abortion on demand". Opposing this view are those who contend with equal vigour, and also on moral and ethical grounds, for a clear and simple solution: the inherent "right to life of the unborn child" requires the repeal of s. 251(4), (5), (6) and (7) in order to leave an absolute ban on abortions. The battle lines so drawn are firmly held and the attitudes of the opposing parties

la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière. Ce certificat ne peut être remis à un médecin qualifié qu'une fois que le comité, par décision de la majorité de ses membres et lors d'une réunion au cours de laquelle le cas de la femme a été examiné, a autorisé la délivrance du certificat. Le paragraphe (5) habilite le ministre de la Santé d'une province à requérir un comité de l'avortement thérapeutique de lui fournir des copies des certificats délivrés par le comité ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger relativement à la délivrance du certificat. Le même paragraphe investit ce ministre du pouvoir d'exiger que le médecin qui a pratiqué un avortement lui fournisse des renseignements similaires. Le paragraphe (6) est consacré à des définitions. Or, il ressort clairement de ce qui précède que l'avortement est interdit, mais que le par. (4) prévoit des exceptions en vertu desquelles l'avortement est permis dans certaines circonstances limitées. On ne saurait affirmer que l'art. 251 du *Code criminel* confère un droit général de subir ou de procurer un avortement. Au contraire, la disposition vise à protéger les intérêts de l'enfant qui n'est pas encore né et ne lève la sanction criminelle que si l'avortement s'impose pour protéger la vie ou la santé de la mère.

En examinant la question de la constitutionnalité de l'art. 251 du *Code criminel*, il est d'abord nécessaire de saisir le contexte dans lequel le présent litige a pris naissance ainsi que quelques-uns des problèmes qu'il pose. L'article 251 du *Code* a été taxé de mal conçu et d'insuffisant par certains dans le débat sur l'avortement, alors que d'autres, qui se situent à l'extrême opposé, l'ont qualifié d'immoral et d'inacceptable. D'aucuns, comme c'est le cas des appelants, prétendent en invoquant la morale et l'éthique qu'il y a une solution simple au problème: «le droit des femmes d'être maîtresse de leur propre corps» commande l'abrogation de l'art. 251 en faveur du principe de «l'avortement libre». S'opposent à cette thèse ceux qui affirment, tout aussi énergiquement et également pour des raisons d'ordre moral et d'éthique, que la solution est claire et simple: «le droit à la vie qu'a l'enfant qui n'est pas encore né» exige l'abrogation des par. 251(4), (5), (6) et (7) de sorte que l'avortement

admit of no compromise. From the submission of the Attorney General of Canada (set out in his factum at paragraph 6), however, it may appear that a majority in Canada do not see the issue in such black and white terms. Paragraph 6 is in these words:

The evidence of opinion surveys indicates that there is a surprising consistency over the years and in different survey groups in the spectrum of opinions on the issue of abortion. Roughly 21 to 23% of people at one end of the spectrum are of the view, on the one hand, that abortion is a matter solely for the decision of the pregnant woman and that any legislation on this subject is an unwarranted interference with a woman's right to deal with her own body, while about 19 to 20% are of the view, on the other hand, that destruction of the living fetus is the killing of human life and tantamount to murder. The remainder of the population (about 60%) are of the view that abortion should be prohibited in some circumstances.

Parliament has heeded neither extreme. Instead, an attempt has been made to balance the competing interests of the unborn child and the pregnant woman. Where the provisions of s. 251(4) are met, the abortion may be performed without legal sanction. Where they are not, abortion is deemed to be socially undesirable and is punished as a crime. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 [hereinafter *Morgentaler (1975)*], Laskin C.J. said (in dissent, but not on this point), at p. 627:

What is patent on the face of the prohibitory portion of s. 251 is that Parliament has in its judgment decreed that interference by another, or even by the pregnant woman herself, with the ordinary course of conception is socially undesirable conduct subject to punishment. That was a judgment open to Parliament in the exercise of its plenary criminal law power, and the fact that there may be safe ways of terminating a pregnancy or that any woman or women claim a personal privilege to that end, becomes immaterial. I need cite no authority for the proposition that Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation.

soit frappé d'une interdiction totale. De chaque côté, on maintient fermement sa position et on n'admet aucun compromis. Cependant, l'argument avancé par le procureur général du Canada (au paragraphe 6 de son mémoire) peut porter à croire que la majorité des Canadiens ne considèrent pas que la question est aussi claire et nette. Le paragraphe 6 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] Les sondages d'opinion révèlent qu'il y a eu au cours des années et pour les différents groupes cibles une constance surprenante dans la gamme des opinions exprimées sur la question de l'avortement. D'une part, environ 21 % à 23 % des gens estiment qu'il appartient uniquement à la femme enceinte de décider si elle se fera avorter et que toute loi dans ce domaine représente une atteinte injustifiée au droit de la femme de disposer, comme elle l'entend, de son propre corps, alors que, d'autre part, à peu près 19 % à 20 % jugent que détruire un fœtus vivant c'est enlever la vie à un être humain et ainsi commettre un meurtre. Le reste de la population (environ 60 %) est d'avis que l'avortement devrait être interdit dans certaines circonstances.

Le législateur n'a retenu ni l'un ni l'autre de ces points de vue extrêmes. Il a plutôt tenté d'équilibrer les intérêts de l'enfant qui n'est pas encore né et ceux opposés de la femme enceinte. Du moment que sont respectées les dispositions du par. 251(4), l'avortement peut être accompli sans que cela n'entraîne de sanction légale. Dans l'hypothèse contraire, l'avortement est considéré comme un acte socialement répréhensible, réprimé comme un crime. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, [ci-après l'arrêt *Morgentaler (1975)*] le juge en chef Laskin (dissident, mais non sur ce point) affirme, à la p. 627:

Ce qui est évident à la lecture de la partie de l'art. 251 qui porte interdiction, c'est que le Parlement, exerçant son jugement, a décrété que l'intervention d'une autre personne, voire de la mère elle-même, dans le cours ordinaire de la conception constitue une conduite socialement indésirable et passible de sanctions. C'est là un jugement que le Parlement pouvait porter dans l'exercice de son pouvoir législatif plénier en matière criminelle, et le fait qu'il puisse exister des moyens sûrs d'interrompre une grossesse ou qu'une ou plusieurs femmes prétendent à un droit individuel de poser ce geste, n'est aucunement pertinent. Je n'ai pas besoin de citer de précédents pour affirmer que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités.

Parliament's view that abortion is, in its nature, "socially undesirable conduct" is not new. Parliament's policy, as expressed by s. 251 of the *Code*, is consistent with that which has governed Canadian criminal law since Confederation and before: see Dickson J. (as he then was) in *Morgentaler* (1975), *supra*, at p. 672, and the reasons of the Ontario Court of Appeal in this case: (1985), 52 O.R. (2d) 353, at pp. 364-66. It is against this background that I turn to the question of judicial review in light of the *Charter*.

Scope of Judicial Review under the Charter

Before the adoption of the *Charter*, there was little question of the limits of judicial review of the criminal law. For all practical purposes it was limited to a determination of whether the impugned enactment dealt with a subject which could fall within the criminal law power in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. There was no doubt of the power of Parliament to say what was and what was not criminal and to prohibit criminal conduct with penal sanctions, although from 1960 onwards legislation was subject to review under the *Canadian Bill of Rights*: see *Morgentaler* (1975), *supra*. The adoption of the *Charter* brought a significant change. The power of judicial review of legislation acquired greater scope but, in my view, that scope is not unlimited and should be carefully confined to that which is ordained by the *Charter*. I am well aware that there will be disagreement about what was ordained by the *Charter* and, of course, a measure of interpretation of the *Charter* will be required in order to give substance and reality to its provisions. But the courts must not, in the guise of interpretation, postulate rights and freedoms which do not have a firm and a reasonably identifiable base in the *Charter*. In his reasons, the Chief Justice refers to the problem. He says, at pp. 45-46:

During argument before this Court, counsel for the Crown emphasized repeatedly that it is not the role of the judiciary in Canada to evaluate the wisdom of

L'opinion du législateur portant que l'avortement constitue, de par sa nature même, une «conduite socialement indésirable» ou répréhensible n'a rien de nouveau. La politique du législateur, énoncée à l'art. 251 du *Code*, concorde avec celle qui a régi le droit criminel canadien depuis la Confédération et même avant: voir les motifs du juge Dickson (alors juge puîné) dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), précité, à la p. 672, ainsi que ceux de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, (1985), 52 O.R. (2d) 353, aux pp. 364 à 366. C'est dans ce contexte que j'aborde la question du contrôle judiciaire en fonction de la *Charte*.

^c Portée du contrôle judiciaire fondé sur la Charte

Avant l'adoption de la *Charte*, il n'était guère question des limites du contrôle judiciaire du droit criminel. À toutes fins pratiques, ce contrôle consistait uniquement à déterminer si le texte attaqué portait sur un sujet pouvant relever de la compétence en matière de droit criminel que conférait le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Personne ne doutait que le Parlement était autorisé à décider ce qui constituait et ce qui ne constituait pas une conduite criminelle et à réprimer cette conduite au moyen de sanctions pénales, quoique, à partir de 1960, toute loi pouvait faire l'objet d'un contrôle en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*: voir l'arrêt *Morgentaler* (1975), précité. Or, un changement important a résulté de l'adoption de la *Charte*. Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur des mesures législatives a pris de l'envergure mais, à mon avis, sa portée n'en demeure pas moins restreinte et elle devrait soigneusement être limitée à celle prescrite par la *Charte*. Je sais très bien qu'on ne s'entendra pas sur ce que prescrit la *Charte* et il va sans dire qu'il faudra une certaine mesure d'interprétation pour conférer substance et réalité à ses dispositions. Les tribunaux ne doivent pas cependant, sous prétexte d'interpréter, supposer l'existence de droits et de libertés qui ne reposent pas de manière solide et raisonnablement identifiable sur la *Charte*. Le Juge en chef évoque ce problème dans ses motifs de jugement, où il dit, aux pp. 45 et 46:

Au cours des plaidoiries devant nous, le substitut du procureur général a rappelé à plusieurs reprises que le pouvoir judiciaire au Canada n'a pas comme rôle d'éva-

legislation enacted by our democratically elected representatives, or to second-guess difficult policy choices that confront all governments. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 671, (hereinafter "*Morgentaler (1975)*") I stressed that the Court had "not been called upon to decide, or even to enter, the loud and continuous public debate on abortion." Eleven years later, the controversy persists, and it remains true that this Court cannot presume to resolve all of the competing claims advanced in vigorous and healthy public debate. Courts and legislators in other democratic societies have reached completely contradictory decisions when asked to weigh the competing values relevant to the abortion question. See, e.g., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. (European Court of Human Rights); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; and the *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87 (U.K.).

But since 1975, and the first *Morgentaler* decision, the Court has been given added responsibilities. I stated in *Morgentaler (1975)*, at p. 671, that:

The values we must accept for the purposes of this appeal are those expressed by Parliament which holds the view that the desire of a woman to be relieved of her pregnancy is not, of itself, justification for performing an abortion.

Although no doubt it is still fair to say that courts are not the appropriate forum for articulating complex and controversial programmes of public policy, Canadian courts are now charged with the crucial obligation of ensuring that the legislative initiatives pursued by our Parliament and legislatures conform to the democratic values expressed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* It is in this latter sense that the current *Morgentaler* appeal differs from the one we heard a decade ago.

While I differ with the Chief Justice in the disposition of this appeal, I would accept his words, referred to above, which describe the role of the Court, but I would suggest that in "ensuring that the legislative initiatives pursued by our Parliament and legislatures conform to the democratic values expressed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" the courts must confine

luer la sagesse des lois édictées par nos députés élus démocratiquement, ni de réinterpréter les choix difficiles de politique auxquels tous les gouvernements sont confrontés. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 671, (ci-après l'arrêt "*Morgentaler (1975)*") j'ai souligné que la Cour «n'est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l'avortement». Onze ans plus tard, la controverse fait toujours rage et il est tout aussi vrai que la Cour ne saurait prétendre concilier toutes les allégations contradictoires avancées dans le vigoureux et sain débat public ainsi suscité. Tant les tribunaux que les législateurs, dans d'autres sociétés démocratiques, sont arrivés à des décisions entièrement contradictoires lorsqu'il leur a été demandé de soupeser les valeurs que la question de l'avortement oppose. Voir, p. ex., l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); l'arrêt *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R. (Cour européenne des droits de l'homme); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, 25 février 1975, traduit en anglais et réédité dans (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; et l'*Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87 (R.-U.)

Mais depuis 1975, et le premier arrêt *Morgentaler*, la Cour s'est vue confier des responsabilités additionnelles. Je disais dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 671:

Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement, qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne justifie pas en soi l'avortement.

Quoiqu'on puisse toujours sans aucun doute affirmer que les tribunaux ne sont pas le lieu où doivent s'élaborer les politiques générales complexes et controversées, les tribunaux canadiens se voient néanmoins confier aujourd'hui l'obligation cruciale de veiller à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et libertés* [. . .] C'est en ce dernier sens que le présent pourvoi diffère de celui dont nous étions saisis voici une décennie.

Bien que je ne partage pas l'avis du Juge en chef quant à la façon de trancher le pourvoi, je souscris à ce qu'il affirme, dans le passage qui vient d'être cité, concernant le rôle de cette Cour. Je prétends cependant qu'en veillant «à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et*

themselves to such democratic values as are clearly found and expressed in the *Charter* and refrain from imposing or creating other values not so based.

It follows, then, in my view, that the task of the Court in this case is not to solve nor seek to solve what might be called the abortion issue, but simply to measure the content of s. 251 against the *Charter*. While this may appear to be self-evident, the distinction is of vital importance. If a particular interpretation enjoys no support, express or reasonably implied, from the *Charter*, then the Court is without power to clothe such an interpretation with constitutional status. It is not for the Court to substitute its own views on the merits of a given question for those of Parliament. The Court must consider not what is, in its view, the best solution to the problems posed; its role is confined to deciding whether the solution enacted by Parliament offends the *Charter*. If it does, the provision must be struck down or declared inoperative, and Parliament may then enact such different provisions as it may decide. I adopt the words of Holmes J., which were referred to in *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963), at pp. 729-30:

There was a time when the Due Process Clause was used by this Court to strike down laws which were thought unreasonable, that is, unwise or incompatible with some particular economic or social philosophy. In this manner the Due Process Clause was used, for example, to nullify laws prescribing maximum hours for work in bakeries, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), outlawing "yellow dog" contracts, *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), setting minimum wages for women, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), and fixing the weight of loaves of bread, *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924). This intrusion by the judiciary into the realm of legislative value judgments was strongly objected to at the time, particularly by Mr. Justice Holmes and Mr. Justice Brandeis. Dissenting from the Court's invalidating a state statute which regulated the resale price of theatre and other tickets, Mr. Justice Holmes said:

libertés, les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la *Charte* et s'abstenir d'imposer ou de créer d'autres valeurs qui ne s'y trouvent pas.

^a Il s'ensuit donc, selon moi, que notre tâche en l'espèce consiste non pas à résoudre ni à tenter de résoudre ce qu'on pourrait appeler la question de l'avortement, mais simplement à examiner le contenu de l'art. 251 en fonction de la *Charte*. Quoique cela puisse paraître évident en soi, la distinction revêt une importance capitale. Si une interprétation particulière n'est pas appuyée, expressément ou implicitement, par la *Charte*, la Cour est alors impuissante à prêter à cette interprétation un caractère constitutionnel. Il n'appartient nullement à la Cour de substituer ses propres opinions à celles du législateur concernant le bien-fondé d'une question donnée. La Cour ne doit pas considérer ce qu'elle estime être la meilleure solution aux problèmes posés; son rôle se limite à décider si la solution adoptée par le législateur va à l'encontre de la *Charte*. Si c'est le cas, la disposition en question doit être déclarée invalide ou inopérante et il est alors loisible au législateur d'adopter toute disposition différente qu'il pourra juger à propos. Je fais miens les propos du juge Holmes, mentionnés dans l'arrêt *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963), aux pp. 729 et 730:

[TRADUCTION] Il fut un temps où cette Cour recourait à la clause de l'application régulière de la loi pour invalider des lois jugées déraisonnables, c'est-à-dire insensées ou incompatibles avec une certaine philosophie économique ou sociale. C'est ainsi qu'on s'est servi de cette clause notamment pour annuler des lois prescrivant le nombre maximal d'heures de travail dans les boulangeries, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), interdisant les contrats de «jaune», *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), établissant un salaire minimum pour les femmes, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), et fixant le poids des pains, *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924). Cette incursion par les tribunaux dans le domaine des jugements de valeur du législateur a suscité à l'époque une opposition vigoureuse, notamment de la part des juges Holmes et Brandeis. Bien que la Cour ait déclaré invalide une loi d'un État réglementant le prix de revente des billets de théâtre et d'autres billets, le juge Holmes, dissident, a dit:

“I think the proper course is to recognize that a state legislature can do whatever it sees fit to do unless it is restrained by some express prohibition in the Constitution of the United States or of the State, and that Courts should be careful not to extend such prohibitions beyond their obvious meaning by reading into them conceptions of public policy that the particular Court may happen to entertain”.

And in an earlier case he had emphasized that, “The criterion of constitutionality is not whether we believe the law to be for the public good.”

The doctrine that prevailed in *Lochner*, *Coppage*, *Adkins*, *Burns*, and like cases — that due process authorizes courts to hold laws unconstitutional when they believe the legislature has acted unwisely — has long since been discarded. We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws.

Holmes J. wrote in 1927, but his words have retained their force in American jurisprudence: see *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976), at p. 304, *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981), at p. 469, and *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), at pp. 504-5. In my view, although written in the American context, the principle stated is equally applicable in Canada.

It is essential that this principle be maintained in a constitutional democracy. The Court must not resolve an issue such as that of abortion on the basis of how many judges may favour “pro-choice” or “pro-life”. To do so would be contrary to sound principle and the rule of law affirmed in the preamble to the *Charter* which must mean that no discretion, including a judicial discretion, can be unlimited. But there is a problem, for the Court must clothe the general expression of rights and freedoms contained in the *Charter* with real substance and vitality. How can the courts go about this task without imposing at least some of their views and predilections upon the law? This question has been the subject of much discussion and comment. Many theories have been postulated but

«Je crois qu’il convient de reconnaître que la législature d’un État peut faire tout ce qu’elle juge à propos, à moins qu’une disposition expresse de la Constitution des États-Unis ou de l’État en question ne l’en empêche. J’estime aussi que les tribunaux devraient prendre soin de ne pas donner à ces interdictions une portée qui aille au-delà de leur sens manifeste en y appliquant leurs propres conceptions de l’intérêt public.»

Dans un arrêt antérieur, il avait souligné que «Le critère de la constitutionnalité ne consiste pas à nous demander si nous estimons que la loi en question est pour le bien public.»

Voilà maintenant longtemps que n’a plus cours le principe retenu dans les décisions *Lochner*, *Coppage*, *Adkins*, *Burns*, etc., savoir qu’en vertu de l’application régulière de la loi, les tribunaux peuvent déclarer des lois inconstitutionnelles lorsqu’ils estiment que le législateur a agi de façon insensée. On est en effet revenu à la vieille proposition constitutionnelle portant que les tribunaux ne doivent pas substituer leurs convictions en matière sociale et économique au jugement des corps législatifs dont les membres sont élus pour légiférer.

Les propos du juge Holmes datent de 1927, mais ils n’ont pas perdu de leur force dans la jurisprudence américaine: voir *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976), à la p. 304; *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981), à la p. 469; et *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), aux pp. 504 et 505. À mon avis, bien qu’il ait été établi dans le contexte américain, ce principe est tout aussi applicable au Canada.

Il est essentiel de maintenir ce principe dans une démocratie constitutionnelle. Il ne faut pas que la décision de la Cour sur une question comme celle de l’avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp «prochoix» ou «provie», car cela irait à l’encontre de principes solides et de la primauté du droit dont parle le préambule de la *Charte*, ce qui doit donc signifier qu’aucun pouvoir discrétionnaire, pas même celui des tribunaux, n’est absolu. Il existe toutefois un problème en ce sens que la Cour doit conférer à l’énoncé général des droits et libertés que contient la *Charte* une substance et une vitalité véritables. Or, comment les tribunaux peuvent-ils s’acquitter de cette tâche sans assujettir la loi à au moins certaines de leurs opinions et préférences? C’est là

few have had direct reference to the problem in the Canadian context. In my view, this Court has offered guidance in this matter. In such cases as *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, it has enjoined what has been termed a "purposive approach" in applying the *Charter* and its provisions. I take this to mean that the Courts should interpret the *Charter* in a manner calculated to give effect to its provisions, not to the idiosyncratic view of the judge who is writing. This approach marks out the limits of appropriate *Charter* adjudication. It confines the content of *Charter* guaranteed rights and freedoms to the purposes given expression in the *Charter*. Consequently, while the courts must continue to give a fair, large and liberal construction to the *Charter* provisions, this approach prevents the Court from abandoning its traditional adjudicatory function in order to formulate its own conclusions on questions of public policy, a step which this Court has said on numerous occasions it must not take. That *Charter* interpretation is to be purposive necessarily implies the converse: it is not to be "non-purposive". A court is not entitled to define a right in a manner unrelated to the interest which the right in question was meant to protect. I endeavoured to formulate an approach to the problem in *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313, in these words, at p. 394:

It follows that while a liberal and not overly legalistic approach should be taken to constitutional interpretation, the *Charter* should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time. The interpretation of the *Charter*, as of all constitutional documents, is constrained by the language, structure and history of the constitutional text, by constitutional tradition, and by the history, traditions, and underlying philosophies of our society.

une question qui a fait l'objet de beaucoup de discussion et de commentaires. Maintes théories ont été avancées, mais peu d'entre elles se rapportent directement au problème tel qu'il se pose dans le contexte canadien. Pour ma part, j'estime que la jurisprudence de cette Cour est instructive à cet égard. Dans des arrêts comme *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 155 et 156, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, la Cour a recommandé que, dans l'application de la *Charte* et de ses dispositions, soit adoptée ce qu'on a appelé une «méthode qui tient compte de l'objet visé». J'interprète cela comme signifiant que les tribunaux devraient interpréter la *Charte* de manière à mettre à exécution ses dispositions plutôt que le point de vue personnel du juge qui écrit. Cette façon de procéder établit des bornes que les tribunaux ne devraient pas dépasser lorsqu'ils se prononcent sur la *Charte*. Elle circonscrit le contenu des droits et libertés garantis par la *Charte* aux objets qui y sont formulés. Par conséquent, bien que les tribunaux doivent continuer à donner aux dispositions de la *Charte* une interprétation juste, large et libérale, cette méthode empêche la Cour d'abandonner son rôle décisionnel traditionnel pour formuler ses propres conclusions sur des questions de politique générale, ce qu'à maintes reprises la Cour a dit qu'elle devait éviter de faire. Affirmer que l'interprétation de la *Charte* doit tenir compte de son objet implique nécessairement l'inverse: elle ne doit pas s'interpréter «d'une manière qui fait abstraction de l'objet visé». Une cour n'est pas habilitée à donner à un droit une définition n'ayant aucun rapport avec l'intérêt qu'est destiné à protéger le droit en question. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 394, j'ai tenté de formuler une façon d'aborder le problème:

Il s'ensuit que, bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner. L'interprétation de la *Charte*, comme celle de tout document constitutionnel, est circonscrite par la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société.

The approach, as I understand it, does not mean that judges may not make some policy choices when confronted with competing conceptions of the extent of rights or freedoms. Difficult choices must be made and the personal views of judges will unavoidably be engaged from time to time. The decisions made by judges, however, and the interpretations that they advance or accept must be plausibly inferable from something in the *Charter*. It is not for the courts to manufacture a constitutional right out of whole cloth. I conclude on this question by citing and adopting the following words, although spoken in dissent, from the judgment of Harlan J. in *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), which, in my view, while stemming from the American experience, are equally applicable in a consideration of the Canadian position. Harlan J. commented, at pp. 624-25, on the:

... current mistaken view of the Constitution and the constitutional function of this Court. This view, in a nutshell, is that every major social ill in this country can find its cure in some constitutional "principle," and that this Court should "take the lead" in promoting reform when other branches of government fail to act. The Constitution is not a panacea for every blot upon the public welfare, nor should this Court, ordained as a judicial body, be thought of as a general haven for reform movements. The Constitution is an instrument of government, fundamental to which is the premise that in a diffusion of governmental authority lies the greatest promise that this Nation will realize liberty for all its citizens. This Court, limited in function in accordance with that premise, does not serve its high purpose when it exceeds its authority, even to satisfy justified impatience with the slow workings of the political process. For when, in the name of constitutional interpretation, the Court *adds* something to the Constitution that was deliberately excluded from it, the Court in reality substitutes its view of what should be so for the amending process.

The Right to Abortion and s. 7 of the *Charter*

The judgment of my colleague, Wilson J., is based upon the proposition that a pregnant woman

Si je comprends bien, cela ne veut pas dire que les juges ne peuvent pas faire certains choix de politique générale lorsqu'ils se trouvent devant des conceptions opposées de l'étendue de droits ou de libertés. Des choix difficiles doivent être faits et le point de vue personnel des juges jouera inévitablement à l'occasion. Toutefois, les décisions rendues par les juges ainsi que les interprétations qu'ils proposent ou qu'ils retiennent doivent découler plausiblement de la *Charte*. Il n'appartient nullement aux tribunaux de forger de toutes pièces un droit constitutionnel. Pour terminer mes observations sur cette question, je cite, en les adoptant, les propos suivants tirés des motifs du juge Harlan, dissident, dans l'affaire *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), qui, selon moi, bien qu'ils découlent de l'expérience américaine, sont tout autant applicables dans une étude de la position canadienne. Le juge Harlan commente, aux pp. 624 et 625:

[TRADUCTION] ... l'idée erronée qu'on se fait actuellement de la Constitution et du rôle qu'elle attribue à cette Cour. Ce point de vue, en un mot, porte qu'on peut trouver dans quelque «principe» constitutionnel un remède à tous les maux sociaux importants qui affligent ce pays et que cette Cour doit «prendre l'initiative» de promouvoir la réforme lorsque les autres organes du gouvernement n'agissent pas. La Constitution n'est pas une panacée qui permet de remédier à toutes les atteintes au bien-être public et cette Cour, en tant que corps judiciaire, ne doit pas non plus être considérée comme un refuge pour tous les mouvements de réforme. La Constitution est un instrument de gouvernement; elle repose sur la prémisses fondamentale selon laquelle c'est la répartition du pouvoir gouvernemental qui offre à cette nation les meilleures possibilités d'assurer la liberté à tous ses citoyens. Cette Cour, dont les fonctions sont limitées en conformité avec cette prémisses, ne remplit pas sa noble mission lorsqu'elle excède sa compétence, fût-ce par suite d'une impatience justifiée face aux lenteurs du processus politique. Car lorsqu'au nom de l'interprétation constitutionnelle, la Cour *ajoute* à la Constitution quelque chose qui en a été délibérément exclu, elle se trouve en réalité à substituer au processus d'amendement sa propre conception de ce que devrait dire la Constitution.

Le droit à l'avortement et l'art. 7 de la *Charte*

Le jugement de ma collègue le juge Wilson est fondé sur la proposition selon laquelle la femme

has a right, under s. 7 of the *Charter*, to have an abortion. The same concept underlies the judgment of the Chief Justice. He reached the conclusion that a law which forces a woman to carry a foetus to term, unless certain criteria are met which are unrelated to her own priorities and aspirations, impairs the security of her person. That, in his view, is the effect of s. 251 of the *Criminal Code*. He has not said in specific terms that the pregnant woman has the right to an abortion, whether therapeutic or otherwise. In my view, however, his whole position depends for its validity upon that proposition and that interference with the right constitutes an infringement of her right to security of the person. It is said that a law which forces a woman to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations interferes with security of her person. If compelling a woman to complete her pregnancy interferes with security of her person, it can only be because the concept of security of her person includes a right not to be compelled to carry the child to completion of her pregnancy. This, then, is simply to say that she has a right to have an abortion. It follows, then, that if no such right can be shown, it cannot be said that security of her person has been infringed by state action or otherwise.

All laws, it must be noted, have the potential for interference with individual priorities and aspirations. In fact, the very purpose of most legislation is to cause such interference. It is only when such legislation goes beyond interfering with priorities and aspirations, and abridges rights, that courts may intervene. If a law prohibited membership in a lawful association it would be unconstitutional, not because it would interfere with priorities and aspirations, but because of its interference with the guaranteed right of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. Compliance with the *Income Tax Act* has, no doubt, frequently interfered with priorities and aspirations. The taxing provisions are not, however, on that basis unconstitutional, because the ordinary taxpayer enjoys no right to be tax free. Other illustrations may be found. In my view, it is clear that before it could be concluded that any enactment infringed the concept of security of the person, it would have to infringe

enceinte a droit à l'avortement en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. La même notion sous-tend le jugement du Juge en chef. Il en vient à la conclusion que la loi qui force une femme à mener à terme un foetus, à moins de satisfaire à certains critères qui n'ont rien à voir avec ses propres priorités et aspirations, porte atteinte à la sécurité de sa personne. Voilà, à son avis, l'effet de l'art. 251 du *Code criminel*. Il n'a pas affirmé expressément que la femme enceinte a droit à l'avortement thérapeutique ou autre. J'estime cependant que la validité de sa position dépend de cette proposition et que l'atteinte à ce droit constitue une atteinte au droit à la sécurité de sa personne. On dit que la loi qui force une femme à mener à terme un foetus, à moins de satisfaire à certains critères qui n'ont rien à voir avec ses propres priorités et aspirations, porte atteinte à la sécurité de sa personne. Si en obligeant une femme à mener à terme sa grossesse, on attente à la sécurité de sa personne, ce ne peut être que parce que le concept de la sécurité de la personne inclut le droit de ne pas être contrainte à mener à terme sa grossesse. Cela revient alors simplement à dire qu'elle a droit à l'avortement. Il s'ensuit donc que si on ne peut prouver l'existence d'un tel droit, on ne saurait dire que la sécurité de sa personne a été violée par l'action de l'État ou de quelque autre manière.

Toute loi, soulignons-le, peut éventuellement porter atteinte aux priorités et aux aspirations d'une personne. De fait, c'est précisément cela que visent la plupart des mesures législatives. Ce n'est que lorsque ces mesures ne constituent plus une simple entrave auxdites priorités et aspirations et qu'elles portent atteinte à des droits que les tribunaux peuvent intervenir. La loi qui interdirait de faire partie d'une association licite serait inconstitutionnelle, non parce qu'elle porterait atteinte à des priorités et à des aspirations, mais parce qu'elle léserait le droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a souvent porté atteinte aux priorités et aux aspirations de particuliers. Les dispositions fiscales n'en sont toutefois pas pour autant inconstitutionnelles, parce que le contribuable ordinaire ne jouit d'aucun droit à l'exemption d'impôts. On pourrait en donner d'autres exemples. À mon avis, il est

some underlying right included in or protected by the concept. For the appellants to succeed here, then, they must show more than an interference with priorities and aspirations; they must show the infringement of a right which is included in the concept of security of the person.

The proposition that women enjoy a constitutional right to have an abortion is devoid of support in the language of s. 7 of the *Charter* or any other section. While some human rights documents, such as the *American Convention on Human Rights, 1969* (Article 4(1)), expressly address the question of abortion, the *Charter* is entirely silent on the point. It may be of some significance that the *Charter* uses specific language in dealing with other topics, such as voting rights, religion, expression and such controversial matters as mobility rights, language rights and minority rights, but remains silent on the question of abortion which, at the time the *Charter* was under consideration, was as much a subject of public controversy as it is today. Furthermore, it would appear that the history of the constitutional text of the *Charter* affords no support for the appellants' proposition. A reference to the Minutes of the Special Joint Committee of Senate and House of Commons on the Constitution of Canada (Proceedings 32nd. Parl., Sess. 1 (1981), vol. 46, p. 43) reveals the following exchange:

Mr. Crombie: . . . And I ask you then finally, what effect will the inclusion of the due process clause have on the question of marriage, procreation, or the parental care of children?

Mr. Chrétien: The point, Mr. Crombie, that it is important to understand the difference is that we pass legislation here on abortion, criminal code, and we pass legislation on capital punishment; parliament [*sic*] has the authority to do that, and the court at this moment, because we do not have the due process of law written there, cannot go and see whether we made the right decision or the wrong decision in Parliament.

évident qu'on ne saurait conclure qu'un texte législatif porte atteinte à la sécurité de la personne que dans la mesure où ce texte porte atteinte à quelque droit sous-jacent inclus dans cette notion ou protégé par celle-ci. Donc, pour que les appelants aient gain de cause en l'espèce, ils ne peuvent pas se contenter de démontrer l'existence d'une simple entrave à des priorités et à des aspirations; ils doivent prouver qu'il y a atteinte à un droit inclus dans la notion de la sécurité de la personne.

Ni l'article 7 de la *Charte* ni aucune autre disposition n'appuie la proposition selon laquelle les femmes jouissent d'un droit constitutionnel à l'avortement. Alors que certains textes sur les droits de la personne, comme l'*American Convention on Human Rights, 1969* (article 4(1)), abordent expressément la question de l'avortement, la *Charte* est tout à fait muette sur ce point. Par ailleurs, il n'est peut-être pas sans importance que la *Charte* traite explicitement d'autres sujets, comme le droit de vote, la liberté de religion, la liberté d'expression et d'autres questions controversées comme la liberté de circulation et d'établissement, les droits linguistiques et les droits des minorités, sans toutefois parler de la question de l'avortement qui, à l'époque de son élaboration, était tout aussi publiquement controversée qu'elle l'est aujourd'hui. Il semblerait en outre n'y avoir rien dans l'historique du texte constitutionnel de la *Charte* qui puisse étayer la proposition avancée par les appelants. Dans les procès-verbaux du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada (Procès-verbaux 32^e Parl., sess. 1 (1981), vol. 46, p. 43), on trouve l'échange de propos suivant:

M. Crombie: Je vous demande donc, en terminant, quelles seront les répercussions de l'inclusion de cet article sur les voies de droit régulières sur le mariage, la procréation et le soin des enfants?

M. Chrétien: Monsieur Crombie, il est important de comprendre la différence entre l'adoption d'une loi sur l'avortement, le Code criminel et l'adoption d'une loi sur la peine capitale. Le Parlement est habilité à adopter ces lois et le tribunal, parce que nous n'avons pas de voies de droit régulières écrites, ne peut pas vérifier si le Parlement a pris une bonne décision.

If you write down the words, "due process of law" here, the advice I am receiving is the court could go behind our decision and say that their decision on abortion was not the right one, their decision on capital punishment was not the right one, and it is a danger, according to legal advice I am receiving, that it will very much limit the scope of the power of legislation by the Parliament and we do not want that; and it is why we do not want the words "due process of law". These are the two main examples that we should keep in mind.

You can keep speculating on all the things that have never been touched, but these are two very sensitive areas that we have to cope with as legislators and my view is that Parliament has decided a certain law on abortion and a certain law on capital punishment, and it should prevail and we do not want the courts to say that the judgment of Parliament was wrong in using the constitution.

This passage, of course, revolves around the second and not the first limb of s. 7, but it offers no support for the suggestion that it was intended to bring the question of abortion into the *Charter*.

It cannot be said that the history, traditions and underlying philosophies of our society would support the proposition that a right to abortion could be implied in the *Charter*. The history of the legal approach to this question, reflective of public policy, was conveniently canvassed in the Ontario Court of Appeal in this case in these terms, at pp. 364-66:

History of the law of abortion

The history of the law of abortion is of some importance. At common law procuring an abortion before quickening was not a criminal offence. Quickening occurred when the pregnant woman could feel the foetus move in her womb. It was a misdemeanour to procure an abortion after quickening: *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, Book 1, pp. 129-30. The law of criminal abortion was first codified in England in *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (U.K.), c. 58. That Act made procuring an abortion of a quick foetus a capital offence and provided lesser penalties for abortion before quickening. After the *Offences Against the Person Act*, 1861 (U.K.), c. 100, s. 58, no differentiation in penalty was made in England on the basis of the stage of foetal development. The offence was a felony and the max-

Si nous couchons cela sur le papier, on me dit que le tribunal pourra désormais aller au-delà de la décision du Parlement et renverser une décision que ce dernier aurait prise sur l'avortement ou sur la peine capitale. On risque donc, selon les avis juridiques que j'ai reçus, de limiter le pouvoir législatif du Parlement, et ce n'est pas ce que nous souhaitons. C'est pourquoi nous ne voulons pas inclure cette expression «voies de droit régulières». Ce sont deux exemples qu'il faut garder à l'esprit.

On peut spéculer quant aux implications que cela aurait sur des domaines sur lesquels on n'a pas encore légiféré (*sic*); mais voilà deux domaines très particuliers avec lesquels les législateurs sont aux prises et, à mon avis, le Parlement qui a adopté certaines lois sur l'avortement et la peine capitale devrait avoir préséance en la matière, et nous ne voulons pas que les tribunaux puissent, en invoquant la constitution, renverser le jugement du Parlement.

Bien entendu, ce passage concerne le second plutôt que le premier volet de l'art. 7, mais il ne permet pas du tout d'affirmer qu'on a voulu que la question de l'avortement relève de la *Charte*.

On ne saurait prétendre que l'histoire, les traditions et les philosophies fondamentales de notre société appuient la proposition selon laquelle la *Charte* confère implicitement un droit à l'avortement. La Cour d'appel de l'Ontario a fait en l'espèce un examen utile de la manière dont la position du législateur face à cette question a évolué en fonction des exigences de l'ordre public. Voici ce qu'a dit la Cour d'appel, aux pp. 364 à 366:

[TRADUCTION] *Historique du droit en matière d'avortement*

L'historique du droit en matière d'avortement revêt passablement d'importance. En *common law*, procurer un avortement avant que le foetus ne donne des signes de vie ne constituait pas une infraction criminelle. Le foetus donnait des signes de vie lorsque la femme enceinte pouvait le sentir bouger dans son ventre. Quiconque procurait un avortement à ce stade-là de la grossesse commettait une infraction mineure (*misdemeanour*): *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, tome 1, pp. 129 et 130. Le droit en matière d'avortement criminel a été codifié pour la première fois en Angleterre dans *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (R.-U.), chap. 58. Cette loi prévoyait que la pratique d'un avortement lorsqu'il s'agissait d'un foetus qui donnait des signes de vie constituait une infraction majeure (*felony*), et pres-

imum penalty life imprisonment. The *Infant Life (Preservation) Act*, 1929 (U.K.), c. 34, gave greater protection to a viable foetus by creating the offence of child destruction where a child capable of being born alive was caused to die except in good faith to preserve the life of the mother. In *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, the prohibition against abortion both at common law and by statute was held to be subject to the common law defence based upon the necessity of saving the mother's life.

The earliest statutory prohibition in Canada against attempting to procure an abortion is to be found in "An Act respecting Offences against the Person", 1869 (Can.), c. 20, ss. 59 and 60. The Act was based on *Lord Ellenborough's Act* and the *Offences Against the Person Act*, 1861. The provisions relating to abortion were included in the Canadian *Criminal Code* in 1892 (1892 (Can.), c. 29, ss. 272 to 274), and with slight changes were included in the Codes of 1906 (R.S.C. 1906, c. 146, ss. 303 to 306); 1927 (R.S.C. 1927, c. 36, ss. 303 to 306) and 1954 (1953-54 (Can.), c. 51, ss. 237 and 238).

Section 251(1) made it clear that Parliament regarded procuring an abortion as a very serious crime for which there was a maximum sentence of imprisonment for life.

In 1969, Parliament alleviated the situation by the addition to s. 251 of s-ss (4), (5), (6) and (7) as exculpatory provisions by 1968-69, c. 38, s. 18. These subsections provided that it was not a criminal act to procure an abortion where the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the life or health of a female person. As can be seen, in order to come within the exceptions to s. 251(1) and (2),

(a) the majority of the members of a therapeutic abortion committee comprising not less than three qualified medical practitioners of an accredited or approved hospital had to certify in writing after reviewing the case at a meeting that in the opinion of the majority the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the life or health of a female person;

crivait des peines moindres pour l'avortement pratiqué à un stade moins avancé. Suite à l'adoption de l'*Offences Against the Person Act*, 1861 (R.-U.), chap. 100, art. 58, on n'imposait plus en Angleterre des peines différentes selon le stade de développement fœtal. L'infraction était majeure et entraînait alors une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. L'*Infant Life (Preservation) Act*, 1929 (R.-U.), chap. 34, accordait une plus grande protection à un fœtus viable en créant l'infraction de destruction d'enfant qui consistait à faire mourir un enfant susceptible de naître vivant, sauf lorsque la mort était provoquée de bonne foi afin de protéger la vie de la mère. Dans la décision *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, on a jugé qu'on pouvait opposer à l'interdiction de l'avortement édictée tant par la *common law* que par la loi écrite le moyen de défense de *common law* fondé sur la nécessité de sauver la vie de la mère.

Les premières dispositions législatives canadiennes interdisant de tenter de procurer un avortement se trouvent dans l'Acte concernant les offenses contre la Personne, 1869 (Can.), chap. 20, art. 59 et 60. Il s'agissait d'un texte qui s'inspirait de la *Lord Ellenborough's Act* et de l'*Offences Against the Person Act*, 1861. Les dispositions relatives à l'avortement ont été incluses dans le *Code criminel* de 1892 (1892 (Can.), chap. 29, art. 272 à 274) et, avec de légères modifications, dans les codes de 1906 (S.R.C. 1906, chap. 146, art. 303 à 306), de 1927 (S.R.C. 1927, chap. 36, art. 303 à 306), et de 1954 (1953-54 (Can.), chap. 51, art. 237 et 238).

Il se dégage nettement du par. 251(1) que le législateur considérait que procurer un avortement constituait un crime très grave punissable par une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité.

En 1969, le législateur a atténué la rigueur de la loi par l'adjonction à l'art. 251 des par. (4), (5), (6) et (7) à titre de dispositions disculpatoires (1968-69, chap. 38, art. 18). Ces paragraphes prévoient que procurer un avortement ne constitue pas un acte criminel lorsque la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière. Comme on le constate, les exceptions aux par. 251(1) et (2) ne jouent que

a) si la majorité des membres d'un comité de l'avortement thérapeutique, composé d'au moins trois médecins qualifiés, d'un hôpital accrédité ou approuvé certifié par écrit à la suite d'un examen du cas au cours d'une réunion du comité que, de l'avis de la majorité, la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé d'une personne du sexe féminin;

(b) the abortion had to be performed in an accredited or approved hospital by a medical practitioner to whom the certificate was given who was not a member of the committee.

b) si l'avortement se fait dans un hôpital accrédité ou approuvé, par un médecin à qui le certificat a été remis et qui n'est pas membre du comité.

By defining criminal conduct more narrowly, these amendments reflected the contemporary view that abortion is not always socially undesirable behaviour.

a En définissant la conduite criminelle plus étroitement, ces modifications reflétaient le point de vue contemporain selon lequel l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible.

As the Court of Appeal said, the amendments to the *Criminal Code* which imported s. 251 are indicative of a changing view on this question, but it is not possible to erect upon the words of s. 251 a constitutional right to abortion.

b Comme l'a dit la Cour d'appel, les modifications apportées à l'art. 251 du *Code criminel* traduisent un changement de point de vue sur cette question, mais on ne saurait déduire du texte de l'art. 251 l'existence d'un droit constitutionnel à l'avortement.

The historical review of the legal approach in Canada taken from the judgment of the Court of Appeal serves, as well, to cast light on the underlying philosophies of our society and establishes that there has never been a general right to abortion in Canada. There has always been clear recognition of a public interest in the protection of the unborn and there has been no evidence or indication of any general acceptance of the concept of abortion at will in our society. It is to be observed as well that at the time of adoption of the *Charter* the sole provision for an abortion in Canadian law was that to be found in s. 251 of the *Criminal Code*. It follows then, in my view, that the interpretive approach to the *Charter*, which has been accepted in this Court, affords no support for the entrenchment of a constitutional right of abortion.

L'historique qu'a fait la Cour d'appel de la position prise par le législateur canadien permet en outre de mettre en lumière les philosophies fondamentales ayant cours dans notre société et démontre qu'il n'y a jamais eu de droit général à l'avortement au Canada. L'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés a toujours été clairement reconnue et rien ne prouve ni n'indique que le concept de l'avortement à volonté est généralement accepté dans notre société. On doit noter également qu'au moment où la *Charte* a été adoptée, la seule disposition en matière d'avortement qui existait en droit canadien était l'art. 251 du *Code criminel*. Il s'ensuit donc, selon moi, que la façon d'interpréter la *Charte* acceptée par cette Cour ne justifie aucunement une conclusion que le droit à l'avortement est enchâssé dans la Constitution.

As to an asserted right to be free from any state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, I would say that to be accepted, as a constitutional right, it would have to be based on something more than the mere imposition, by the State, of such stress and anxiety. It must, surely, be evident that many forms of government action deemed to be reasonable, and even necessary in our society, will cause stress and anxiety to many, while at the same time being acceptable exercises of government power in pursuit of socially desirable goals. The very facts of life in a modern society would preclude the entrenchment of such a constitutional right. Governmental action for the due governance and

Pour ce qui est de la revendication d'un droit à la protection contre toute atteinte de l'État à l'intégrité physique et contre toute tension psychologique causée par l'État, je dirais que pour être accepté à titre de droit constitutionnel, il devrait reposer sur autre chose que les simples tensions et l'angoisse causées par l'État. Il est certainement évident que bien des formes d'action gouvernementale considérées comme raisonnables, voire nécessaires, dans notre société sont pour beaucoup de gens une source de tensions et d'angoisse, tout en constituant des exercices acceptables du pouvoir gouvernemental dans la poursuite d'objectifs socialement désirables. La réalité même de la vie dans une société moderne vient s'opposer à ce qu'un tel

administration of society can rarely please everyone. It is hard to imagine a governmental policy or initiative which will not create significant stress or anxiety for some and, frequently, for many members of the community. Governments must have the power to expropriate land, to zone land, to regulate its use and the rights and conditions of its occupation. The exercise of these powers is frequently the cause of serious stress and anxiety. In the interests of public health and welfare, governments must have and exercise the power to regulate, control — and even suppress — aspects of the manufacture, sale and distribution of alcohol and drugs and other dangerous substances. Stress and anxiety resulting from the exercise of such powers cannot be a basis for denying them to the authorities. At the present time there is great pressure on governments to restrict — and even forbid — the use of tobacco. Government action in this field will produce much stress and anxiety among smokers and growers of tobacco, but it cannot be said that this will render unconstitutional control and regulatory measures adopted by governments. Other illustrations abound to make the point.

To invade the s. 7 right of security of the person, there would have to be more than state-imposed stress or strain. A breach of the right would have to be based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection. This, it would seem to me, would be limited to cases where the state-action complained of, in addition to imposing stress and strain, also infringed another right, freedom or interest which was deserving of protection under the concept of security of the person. For the reasons outlined above, the right to have an abortion — given the language, structure and history of the *Charter* and given the history, traditions and underlying philosophies of our society — is not such an inter-

droit soit enchâssé dans la Constitution. Il est rare que les actes accomplis pour le bon gouvernement et la bonne administration de la collectivité aient l'heur de plaire à tous. Il est difficile de concevoir une politique ou une initiative gouvernementale qui ne créera pas beaucoup de tensions ou d'angoisse chez certaines personnes et, souvent, chez un bon nombre de citoyens. Les gouvernements doivent être habilités à exproprier des biens-fonds, à procéder au zonage et à réglementer l'utilisation de biens-fonds ainsi que les droits et les conditions rattachés à l'occupation de ceux-ci. L'exercice de ces pouvoirs est souvent une source de tensions graves et d'angoisse. Or il faut, dans l'intérêt de la santé et du bien-être publics, que les gouvernements possèdent et exercent le pouvoir de réglementer, de contrôler et, voire même, d'abolir certains aspects de la fabrication, de la vente et de la distribution d'alcool et de médicaments ainsi que d'autres substances dangereuses. Les tensions et l'angoisse résultant de l'exercice de ces pouvoirs ne sauraient justifier qu'on les refuse aux autorités. À l'heure actuelle, beaucoup de pressions sont exercées sur les gouvernements pour qu'ils limitent, interdisent même, l'usage du tabac. L'action gouvernementale dans ce domaine engendrera beaucoup de tensions et d'angoisse chez les fumeurs et les producteurs de tabac, mais on ne saurait dire que cela entraînera l'inconstitutionnalité des mesures de contrôle et de réglementation que pourront adopter les gouvernements. Une foule d'autres exemples pourraient être cités à ce propos.

g Pour qu'il y ait atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7, il devrait y avoir plus que des tensions ou de l'angoisse causées par l'État. Une violation de ce droit devrait dépendre d'une atteinte à quelque intérêt dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle. Cela, me semble-t-il, se limiterait aux cas où l'action de l'État dont on se plaint a, en plus d'engendrer des tensions et de l'angoisse, porté également atteinte à un autre droit, à une autre liberté ou à un autre intérêt qui méritaient d'être protégés selon le concept de la sécurité de la personne. Pour les raisons exposées ci-dessus, le droit à l'avortement, compte tenu du texte, de la structure et de l'historique de la *Charte* ainsi que de l'histoire, des traditions et des philosophies

est. Any right to an abortion will remain circumscribed by the terms of s. 251 of the *Criminal Code*. I refer to the following passage from the judgment of the court below, at p. 378:

One cannot overlook the fact that the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate. We agree with Parker A.C.J.H.C. in the court below that, bearing in mind the statutory prohibition against abortion in Canada which has existed for over 100 years, it could not be said that there is a right to procure an abortion so deeply rooted in our traditions and way of life as to be fundamental. A woman's only right to an abortion at the time the Charter came into force would accordingly appear to be that given to her by s-s. (4) of s. 251.

I would only add that even if a general right to have an abortion could be found under s. 7 of the *Charter*, it is by no means clear from the evidence the extent to which such a right could be said to be infringed by the requirements of s. 251 of the *Code*. In the nature of things that is difficult to determine. The mere fact of pregnancy, let alone an unwanted pregnancy, gives rise to stress. The evidence reveals that much of the anguish associated with abortion is inherent and unavoidable and that there is really no psychologically painless way to cope with an unwanted pregnancy.

It is for these reasons I would conclude, that save for the provisions of the *Criminal Code*, which permit abortion where the life or health of the woman is at risk, no right of abortion can be found in Canadian law, custom or tradition, and that the *Charter*, including s. 7, creates no further right. Accordingly, it is my view that s. 251 of the *Code* does not in its terms violate s. 7 of the *Charter*. Even accepting the assumption that the concept of security of the person would extend to vitiating a law which would require a woman to carry a child to the completion of her pregnancy at the risk of her life or health, it must be observed that this is not our case. As has been pointed out,

fondamentales de notre société, ne constitue pas un tel intérêt. Tout droit à l'avortement demeure circonscrit par les termes de l'art. 251 du *Code criminel*. Je reprends le passage suivant tiré de la p. 378 de l'arrêt de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] On ne saurait oublier que la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique davantage lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié. Nous sommes d'accord avec le juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour pour dire que, si on garde à l'esprit l'interdiction légale de l'avortement qui existe depuis plus de cent ans au Canada, on ne saurait affirmer qu'il existe un droit de procurer un avortement qui soit ancré dans nos traditions et notre mode de vie au point d'être fondamental. Le seul droit à l'avortement que possédaient les femmes au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte* semblerait donc être celui que leur conférait le par. 251(4).

J'ajouterais seulement que même s'il était possible de conclure à l'existence d'un droit général à l'avortement en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, la preuve est loin de révéler clairement jusqu'à quel point on pourrait dire que les exigences de l'art. 251 du *Code* peuvent porter atteinte à ce droit. Il est normal que ce soit difficile à déterminer. Le seul fait d'être enceinte, sans parler de la grossesse non voulue, est une source de stress. Il ressort de la preuve que l'angoisse liée à l'avortement est, dans une large mesure, naturelle et inévitable et qu'il est vraiment impossible de faire face à une grossesse non voulue, sans difficulté sur le plan psychologique.

Pour ces raisons, je conclus que, sous réserve des dispositions du *Code criminel* qui autorisent l'avortement lorsque la vie ou la santé de la mère est en danger, aucun droit à l'avortement ne saurait se trouver dans le droit, la coutume ou les traditions ayant cours au Canada, et que la *Charte*, y compris l'art. 7, ne crée aucun droit supplémentaire. Par conséquent, j'estime que les modalités de l'art. 251 du *Code* ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. Même en acceptant de supposer que la notion de la sécurité de la personne aurait pour effet d'entacher de nullité une loi qui obligerait une femme à mener à terme sa grossesse au risque de sa propre vie ou santé, il faut noter que ce n'est pas le cas en

s. 251 of the *Code* already provides for abortion in such circumstances.

Procedural Fairness

I now turn to the appellant's argument regarding the procedural fairness of s. 251 of the *Criminal Code*. The basis of the argument is that the exemption provisions of subs. (4) are such as to render illusory or practically illusory any defence arising from the subsection for many women who seek abortions. It is pointed out that therapeutic abortions are available only in accredited or approved hospitals, that hospitals so accredited or approved may or may not appoint abortion committees, and that "health" is defined in vague terms which afford no clear guide to its meaning. Statistically, it was said that abortions could be lawfully performed in only twenty per cent of all hospitals in Canada. Because abortions are not generally available to all women who seek them, the argument goes, the defence is illusory, or practically so, and the section therefore fails to comport with the principles of fundamental justice.

Precise evidence on the questions raised is, of course, difficult to obtain and subject to subjective interpretation depending upon the views of those adducing it. Much evidence was led at trial based largely on the Ontario experience. Additional material in the form of articles, reports and studies was adduced, from which the Court was invited to conclude that access to abortion is not evenly provided across the country and that this could be the source of much dissatisfaction. While I recognize that in constitutional cases a greater latitude has been allowed concerning the reception of such material, I would prefer to place principal reliance upon the evidence given under oath in court in my considerations of the factual matters. Evidence was adduced from the chairman of a therapeutic abortion committee at a hospital in Hamilton, where in 1982 eleven hundred and eighty-seven abortions were performed, who testified that of all applications received by his committee in that year

l'espèce. Comme je l'ai déjà souligné, l'art. 251 du *Code* prescrit déjà l'avortement dans ces circonstances.

a L'équité en matière de procédure

Je passe maintenant à l'argument des appelants relatif à l'équité, sur le plan de la procédure, de l'art. 251 du *Code criminel*. Cet argument a pour fondement que les exceptions prévues au par. (4) rendent illusoire ou pratiquement illusoire pour bien des femmes désireuses de se faire avorter tout moyen de défense découlant dudit paragraphe. On fait remarquer que des avortements thérapeutiques ne peuvent être obtenus que dans des hôpitaux accrédités ou approuvés, que les hôpitaux ainsi accrédités ou approuvés peuvent à leur guise constituer ou ne pas constituer des comités de l'avortement, et que le mot «santé» est défini en des termes vagues qui n'indiquent pas clairement son sens. Selon les statistiques, a-t-on affirmé, des avortements ne peuvent être légalement accomplis que dans vingt pour cent des hôpitaux canadiens. Toujours suivant cet argument, puisque l'avortement n'est pas généralement accessible à toutes les femmes qui cherchent à l'obtenir, le moyen de défense en question est illusoire ou pratiquement illusoire et l'article n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Il est évidemment difficile de réunir des éléments de preuve précis portant sur les questions soulevées en l'espèce et ces éléments de preuve feront l'objet d'une interprétation subjective en fonction des opinions de ceux qui les apportent. La majeure partie de la preuve volumineuse produite au procès concernait l'expérience ontarienne. On a produit en outre des textes sous la forme d'articles, de rapports et d'études sur lesquels on a demandé à la Cour de se fonder pour conclure que les possibilités d'obtenir un avortement n'étaient pas les mêmes partout au pays et qu'il pouvait en résulter un grand mécontentement. Tout en reconnaissant que, dans les affaires constitutionnelles, une plus grande latitude a été accordée en ce qui concerne la réception de tels documents, je préfère, pour ce qui est d'examiner les questions de fait, m'appuyer principalement sur les dépositions faites sous serment au cours du procès. On a cité comme témoin le président d'un comité de l'avortement

less than a dozen were ultimately refused. Refusal in each case was based upon the fact that a majority of the committee was not convinced that "the continuation of the pregnancy would be detrimental to the woman's health". All physicians who performed abortions under the *Criminal Code* provisions admitted in cross-examination that they had never had an application for a therapeutic abortion on behalf of the patient ultimately refused by an abortion committee. No woman testified that she personally had applied for an abortion anywhere in Canada and had been refused, and no physician testified to his participation in such an application. In 1982, the province of Ontario had ninety-nine hospitals with abortion committees. In that year in Ontario, hospitals performed 31,379 abortions and thirty-six of those hospitals performed more than two hundred in one year. There were seventeen hospitals with abortion committees in metropolitan Toronto and they performed 16,706 abortions in 1982, nine of them performing more than one thousand abortions each. In 1982 all ten provinces and both territories had at least one hospital with an abortion committee. The evidence was not as clear as to the situation in rural or more remote areas. It would be reasonable to assume that access to abortion would have been more difficult outside of the principal inhabited areas. This situation, however, is common to the delivery of all health-care services. Significantly, the testimony and exhibits entered at trial reflect that even in the more permissive abortion regime in the United States there is a similar problem of access. Ten years after the decision in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), only slight gains in access had been made in rural areas. It is also worth noting that the evidence adduced at trial, comparing the respective abortion regimes in Canada and the United States, reveals other significant parallels. For example, there is a close parallel in the two countries concerning such matters as the stage in the pregnancy at which abortions are performed and the procedures used to perform abortions at the respective stages. There is also a high degree of similarity in the two countries regarding the percentages and methods of abortion performed in the crucial early second trimester. In both countries, it

thérapeutique d'un hôpital de Hamilton où onze cent quatre-vingt-sept avortements ont été pratiqués en 1982. Celui-ci a affirmé que, sur toutes les demandes reçues par son comité cette année-là, moins de douze ont finalement été rejetées. Dans chacun de ces cas, le refus était motivé par le fait que la majorité des membres du comité n'était pas convaincue que [TRADUCTION] «la continuation de la grossesse compromettrait la santé de la femme en question». Tous les médecins qui ont témoigné et qui ont pratiqué des avortements en vertu du *Code criminel* ont reconnu, en contre-interrogatoire, que jamais il ne leur était arrivé qu'une demande d'avortement thérapeutique présentée pour le compte d'une patiente se heurte au refus d'un comité de l'avortement. Aucune femme n'est venue témoigner qu'elle s'était vu refuser une demande qu'elle avait faite personnellement en vue d'obtenir un avortement où que ce soit au Canada, et aucun médecin n'a dit avoir participé à une telle demande. En 1982, la province de l'Ontario comptait quatre-vingt-dix-neuf hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement. Cette année-là en Ontario, 31 379 avortements ont été pratiqués dans des hôpitaux et dans trente-six de ceux-ci, le chiffre des avortements s'élevait à plus de deux cents en une seule année. Dans la communauté urbaine de Toronto, il y avait dix-sept hôpitaux qui étaient dotés d'un comité de l'avortement et où 16 706 avortements ont été pratiqués en 1982. Dans neuf cas, le nombre dépassait mille avortements par année. En 1982, il y avait dans chaque province et dans les deux territoires au moins un hôpital doté d'un comité de l'avortement. La preuve n'est toutefois pas aussi claire quant à la situation dans les régions rurales ou éloignées. Il serait néanmoins raisonnable de supposer qu'en dehors des principales régions habitées, il aurait été plus difficile d'obtenir un avortement. En cela, l'avortement ne diffère donc pas de n'importe quel autre service de santé. Fait révélateur, il se dégage des dépositions et des pièces produites au procès que, même sous le régime d'avortement plus libéral que l'on trouve aux États-Unis, l'accessibilité demeure un problème. En effet, dix ans après l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), il n'y avait eu qu'une modeste amélioration de l'accessibilité dans les régions rurales. Il vaut également la peine de noter

appears that many of the problems that have arisen in relation to abortion reflect the more general reality that medical services are subject to budgetary, time, space and staff constraints. With abortion, in particular, matters are further complicated by the fact that many physicians regard abortions as unethical and refuse to perform them. In all, the extent to which the statutory procedure contributes to the problems connected with procuring an abortion is anything but clear. Accordingly, even if one accepts that it would be contrary to the principles of fundamental justice for Parliament to make available a defence which, by reason of its terms, is illusory or practically so, it cannot, in my view, be said that s. 251 of the *Code* has had that effect.

It would seem to me that a defence created by Parliament could only be said to be illusory or practically so when the defence is not available in the circumstances in which it is held out as being available. The very nature of the test assumes, of course, that it is for Parliament to define the defence and, in so doing, to designate the terms and conditions upon which it may be available. The Chief Justice has said in his reasons, at p. 70:

The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions. When a defence is provided, especially a specifically-tailored defence to a particular charge, it is because the legislator has determined that the disapprobation of society is

que la preuve présentée au procès, qui compare les régimes d'avortement respectifs du Canada et des États-Unis, fait ressortir d'autres ressemblances importantes. Il y a par exemple entre les deux pays une grande similarité en ce qui concerne notamment le stade de la grossesse auquel l'avortement est pratiqué et les méthodes employées aux stades respectifs. Les deux pays se ressemblent beaucoup également quant aux pourcentages et aux méthodes d'avortements pratiqués au début du second trimestre crucial. Dans l'un et l'autre pays, un bon nombre des problèmes qui ont surgi en matière d'avortement paraissent traduire une réalité plus générale, savoir que les services médicaux sont assujettis à des restrictions budgétaires et à des restrictions sur les plans du temps, des locaux et du personnel disponible. En matière d'avortement en particulier, la situation se complique davantage du fait que beaucoup de médecins considèrent l'avortement comme immoral et refusent de pratiquer ce type d'intervention. Somme toute, on est loin de savoir clairement dans quelle mesure la procédure établie par la loi contribue à créer les problèmes liés à l'obtention d'un avortement. Par conséquent, même si l'on accepte qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale que le législateur prévoie un moyen de défense qui, en raison de ses modalités, est illusoire ou pratiquement illusoire, je ne crois pas que l'on puisse dire que l'art. 251 du *Code* a eu cet effet.

Il me semble qu'on ne pourrait dire qu'un moyen de défense créé par le législateur n'est illusoire ou pratiquement illusoire que lorsqu'on ne peut pas recourir à ce moyen de défense dans les circonstances où l'on a dit qu'il était possible de le faire. De par sa nature même, ce critère sous-entend, bien sûr, que c'est au législateur qu'il incombe de définir le moyen de défense et, en ce faisant, de préciser les conditions à remplir pour pouvoir l'invoquer. Le Juge en chef affirme, à la p. 70 de ses motifs:

Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière,

not warranted when the conditions of the defence are met.

From this comment, I would suggest it is apparent that the Court's role is not to second-guess Parliament's policy choice as to how broad or how narrow the defence should be. The determination of when "the disapprobation of society is not warranted" is in Parliament's hands. The Court's role when the enactment is attacked on the basis that the defence is illusory is to determine whether the defence is available in the circumstances in which it was intended to apply. Parliament has set out the conditions, in s. 251(4), under which a therapeutic abortion may be obtained, free from criminal sanction. It is patent on the face of the legislation that the defence is circumscribed and narrow. It is clear that this was the Parliamentary intent and it was expressed with precision. I am not able to accept the contention that the defence has been held out to be generally available. It is, on the contrary, carefully tailored and limited to special circumstances. Therapeutic abortions may be performed only in certain hospitals and in accordance with certain specified provisions. It could only be classed as illusory or practically so if it could be found that it does not provide lawful access to abortions in circumstances described in the section. No such finding should be made upon the material before this Court. The evidence will not support the proposition that significant numbers of those who meet the conditions imposed in s. 251 of the *Criminal Code* are denied abortions.

It is evident that what the appellants advocate is not the therapeutic abortion referred to in s. 251 of the *Code*. Their clinic was called into being because of the perceived inadequacies of s. 251. They propose and seek to justify "abortion on demand". The defence in s. 251(4) was not intend-

c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies.

^a Selon moi, il est clair à la lecture de ces observations qu'il n'appartient nullement à cette Cour de revenir sur le choix de principe fait par le législateur quant à la portée précise de ce moyen de défense. Il appartient au Parlement de déterminer
^b quand «la désapprobation de la société n'est pas justifiée». Lorsque le texte législatif fait l'objet d'une attaque fondée sur le caractère illusoire du moyen de défense offert, la tâche de la Cour consiste à déterminer s'il est possible de recourir à
^c ce moyen de défense dans les circonstances où on a voulu qu'il puisse être invoqué. Au paragraphe 251(4), le législateur énonce les conditions qui doivent être remplies pour obtenir un avortement thérapeutique sans s'exposer à des sanctions criminelles. Il est évident, à la lecture de cette disposition législative, que le moyen de défense a une portée restreinte. Il est clair que c'est ce qu'a voulu le législateur qui a exprimé cette intention en des
^e termes précis. Je ne puis retenir l'argument selon lequel ce moyen de défense a été présenté comme pouvant être invoqué de manière générale. Bien au contraire, il s'agit d'un moyen de défense soigneusement conçu dont l'application se limite à des
^f circonstances particulières. Les avortements thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans certains hôpitaux et en conformité avec certaines dispositions précises. Le moyen de défense ne
^g pourrait être qualifié d'illusoire ou de pratiquement illusoire que s'il était possible de conclure qu'il ne permet pas d'obtenir un avortement licite dans les circonstances décrites dans l'article en cause. Or, la documentation soumise à cette Cour
^h ne permet pas de tirer une telle conclusion. La preuve n'appuie pas la proposition selon laquelle de nombreuses femmes qui remplissent les conditions imposées par l'art. 251 du *Code criminel* se voient refuser l'avortement.

ⁱ Il est évident que ce que préconisent les appelants n'est pas l'avortement thérapeutique visé par l'art. 251 du *Code*. Ils ont ouvert leur clinique en raison des lacunes que présentait, d'après eux, cet article. Ils proposent et cherchent à justifier «l'avortement libre». Or, le moyen de défense prévu

ed to meet the views of the appellants and provide a defence at large which would effectively repeal the operative subsections of s. 251. Some feel strongly that s. 251 is not adequate in today's society. Be that as it may, it does not follow that the defence provisions of s. 251(4) are illusory. They represent the legislative choice on this question and, as noted, it has not been shown that therapeutic abortions have not been available in cases contemplated by the provision.

It was further argued that the defence in s. 251(4) is procedurally unfair in that it fails to provide an adequate standard of "health" to guide the abortion committees which are charged with the responsibility for approving or disapproving applications for abortions. It is argued that the meaning of the word "health" in s. 251(4) is so vague as to render the sub-section unconstitutional. This argument was, in my view, dealt with fully and effectively in the Court of Appeal. I accept and adopt the following passage from the judgment of that court, at pp. 387-88:

Counsel for the respondent in his attack on s. 251 also argued that the section was void for "vagueness". The argument under this head was that the concepts of "health" and "miscarriage" in s. 251(4) yield an arbitrary application being so vague and uncertain that it is difficult to understand what conduct is proscribed. It is fundamental justice that a person charged with an offence should know with sufficient particularity the nature of the offence alleged.

There was a far-ranging discussion by the respondents' counsel on the concept of "health" and the meaning of the term "miscarriage"; the way in which courts deal with the "vagueness" in the interpretation of municipal by-laws, and an extensive examination of American authorities.

In this case, however, from a reading of s. 251 with its exception, there is no difficulty in determining what is proscribed and what is permitted. It cannot be said that no sensible meaning can be given to the words of the section. Thus, it is for the courts to say what meaning the statute will bear. Counsel was unable to give the Court any authority for holding a statute void for uncertainty. In any event, there is no doubt the respondents

au par. 251(4) n'a pas été conçu pour refléter les opinions des appelants ni pour créer un moyen de défense général qui aurait pour effet d'abroger les dispositions essentielles de l'art. 251. D'aucuns croient fermement que l'art. 251 ne répond plus aux besoins de la société moderne. Quoi qu'il en soit, il ne s'ensuit pas que les dispositions du par. 251(4) qui établissent un moyen de défense sont illusoire. Elle traduisent le choix qu'a fait le législateur en la matière et, comme je l'ai déjà souligné, il n'a pas été démontré que des avortements thérapeutiques n'ont pu être obtenus dans les cas envisagés par l'article.

On a fait valoir, en outre, que le moyen de défense prévu par le par. 251(4) est inéquitable sur le plan de la procédure en ce sens qu'il n'établit pas une norme satisfaisante de «santé» pour la gouverne des comités de l'avortement chargés d'approuver ou de rejeter les demandes d'avortement. On soutient que le sens du mot «santé» employé au par. 251(4) est vague au point de rendre ce paragraphe inconstitutionnel. À mon avis, la Cour d'appel a donné à cet argument une réponse complète et efficace. J'accepte et je fais mien le passage suivant tiré des pp. 387 et 388 des motifs de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] L'avocat des intimés reproche en outre à l'art. 251 d'être entaché de nullité pour cause d'imprécision. Suivant cet argument, les termes «santé» et «avortement» utilisés au par. 251(4) ouvrent la voie à une application arbitraire si vague et incertaine qu'on a de la difficulté à comprendre quelle conduite est proscrire. Or, la justice fondamentale exige que soient communiqués à l'inculpé des détails suffisants concernant la nature de l'infraction qu'on lui impute.

L'avocat des intimés a parlé en long et en large du concept de la «santé» et du sens du mot «avortement» ainsi que de la manière dont les tribunaux font face au problème de l'imprécision en interprétant les règlements municipaux. De plus, l'avocat a fait un examen poussé de la jurisprudence américaine.

Dans cette affaire, cependant, après lecture de l'art. 251 et de ses exceptions, il n'y a aucune difficulté à déterminer ce qui est interdit et ce qui est permis. On ne peut pas dire qu'aucun sens raisonnable ne peut être donné aux termes de cet article. Donc, il revient aux tribunaux de dire quel sens il faut donner à la loi. L'avocat a été incapable de citer à la Cour une décision dans laquelle une loi a été déclarée nulle pour cause

knew that the acts they proposed and carried out were in breach of the section. The fact that they did not approve of the law in this regard does not make it "uncertain". They could have no doubt but that the procuring of a miscarriage which they proposed (and we agree with the trial judge that the phrase "procuring a miscarriage" is synonymous with "performing an abortion"), could only be carried out in an accredited or approved hospital after the securing of the required certificate in writing from the therapeutic abortion committee of that hospital.

Finally, this Court has dealt with the matter. Dickson J. (as he then was), speaking for the majority in *Morgentaler (1975)*, *supra*, in concluding a discussion of s. 251(4) of the *Criminal Code*, said, at p. 675:

Whether one agrees with the Canadian legislation or not is quite beside the point. Parliament has spoken unmistakably in clear and unambiguous language.

In the same case, Laskin C.J., while dissenting on other grounds, said at p. 634:

The contention under point 2 is equally untenable as an attempt to limit the substance of legislation in a situation which does not admit of it. In submitting that the standard upon which therapeutic abortion committees must act is uncertain and subjective, counsel who make the submission cannot find nourishment for it even in *Doe v. Bolton*. There it was held that the prohibition of abortion by a physician except when "based upon his best clinical judgment that an abortion is necessary" did not prescribe a standard so vague as to be constitutionally vulnerable. *A fortiori*, under the approach taken here to substantive due process, the argument of uncertainty and subjectivity fails. It is enough to say that Parliament has fixed a manageable standard because it is addressed to a professional panel, the members of which would be expected to bring a practised judgment to the question whether "the continuation of the pregnancy . . . would or would be likely to endanger . . . life or health".

In my opinion, then, the contention that the defence provided in s. 251(4) of the *Criminal Code* is illusory cannot be supported. From evidence adduced by the appellants, it may be said that

d'imprécision. Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute que les intimés savaient que les actes projetés et accomplis par eux constituaient une infraction à l'article en cause. Ce n'est pas parce qu'ils désapprouvaient la loi à cet égard que celle-ci est «imprécise». Ils ne pouvaient pas douter que l'avortement qu'ils comptaient pratiquer (et nous sommes d'accord avec le juge du procès que l'expression «procurer l'avortement» est synonyme de «pratiquer un avortement») ne pouvait être accompli que dans un hôpital accrédité ou approuvé après avoir obtenu du comité de l'avortement thérapeutique de l'hôpital en question le certificat requis.

Finalement, cette Cour s'est déjà penchée sur la question. Le juge Dickson (alors juge puîné), en terminant une étude du par. 251(4) du *Code criminel* dans l'affaire *Morgentaler (1975)*, précitée, a affirmé, au nom de la majorité, à la p. 675:

La question n'est pas de savoir si l'on est d'accord avec la législation canadienne. Le Parlement s'est exprimé sans équivoque en des termes clairs et précis.

Dans la même cause, le juge en chef Laskin, quoique dissident pour d'autres motifs, affirmait, à la p. 634:

La prétention avancée sur le 2^e point est également insoutenable parce qu'on veut restreindre la portée d'une loi dans une situation qui ne s'y prête pas. Les avocats qui prétendent que le critère prescrit aux comités de l'avortement thérapeutique est imprécis et subjectif, ne peuvent rien trouver à l'appui de cette prétention même dans l'arrêt *Doe v. Bolton*. En cette affaire-là il a été décidé que l'interdiction au médecin de procurer l'avortement sauf lorsque [TRADUCTION] «d'après son meilleur jugement fondé sur un examen physique, un avortement est nécessaire» ne prescrit pas un critère assez peu précis pour être constitutionnellement vulnérable. *A fortiori*, de la façon dont on aborde ici la question de l'application régulière des garanties légales aux principes de droit, l'argument d'imprécision et de subjectivité ne peut être retenu. Qu'il suffise de dire que le Parlement a fixé un critère maniable parce qu'il s'adresse à un comité composé d'hommes de l'art, dont on peut s'attendre que les membres portent un jugement exercé sur la question de savoir si «la continuation de la grossesse . . . mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé . . . ».

Je tiens donc pour insoutenable l'argument voulant que le moyen de défense prévu par le par. 251(4) du *Code criminel* soit illusoire. On peut conclure de la preuve produite par les appelants qu'un bon

many women seeking abortions have been unable to get them in Canada because s. 251(4) fails to respond to this need. This cannot serve as an argument supporting the claim that subs. (4) is procedurally unfair. Section 251(4) was designed to meet specific circumstances. Its aim is to restrict abortion to cases where the continuation of the pregnancy would, or would likely, be injurious to the life or health of the woman concerned, not to provide unrestricted access to abortion. It was to meet this requirement that Parliament provided for the administrative procedures to invoke the defence in subs. (4). This machinery was considered adequate to deal with the type of abortion Parliament had envisaged. When, however, as the evidence would indicate, many more would seek abortions on a basis far wider than that contemplated by Parliament, any system would come under stress and possibly fail. It is not without significance that many of the appellants' clients did not meet the standard set or did not seek to invoke it and that is why their clinic took them in. What has confronted the scheme has been a flood of demands for abortions, some of which could meet the tests of s. 251(4) and many which could not. In so far as it may be said that the administrative scheme of the Act has operated inefficiently, a proposition which may be highly questionable, it is caused principally by forces external to the statute, the external circumstances being a general demand for abortion irrespective of the provisions of s. 251. It is not open to a court, in my view, to strike down a statutory provision on this basis.

The appellants in this Court raised other arguments, most of which, in my view, may be briefly dealt with.

Section 605 of the *Criminal Code*

It was contended that s. 605(1)(a), giving the Crown a right of appeal against an acquittal in a trial court on any ground involving a question of law alone offended ss. 7 and 11(d), (f) and (h) of the *Charter*. Reliance was placed primarily on s.

nombre de femmes désireuses d'obtenir un avortement n'ont pas pu l'obtenir au Canada parce que le par. 251(4) ne répond pas à ce besoin. Cela ne peut toutefois pas servir d'argument appuyant l'allégation que le par. (4) est inéquitable sur le plan de la procédure. Le paragraphe 251(4) a été conçu pour faire face à des circonstances bien précises. Il vise à limiter l'avortement aux cas où la continuation de la grossesse nuirait ou nuirait probablement à la vie ou à la santé de la femme en cause, et non pas à donner la possibilité illimitée de se faire avorter. C'est pour satisfaire à cette exigence que le législateur a établi des procédures administratives qui doivent être suivies lorsqu'on invoque le moyen de défense prévu au par. (4). Ce mécanisme a été considéré comme suffisant pour traiter le type d'avortement envisagé par le législateur. Si, toutefois, comme l'indique la preuve, beaucoup plus de femmes demandaient des avortements pour un motif beaucoup plus large que celui envisagé par le législateur, tout système finirait peut-être par céder sous le poids de ce fardeau trop lourd. Il est révélateur que beaucoup de patientes des appelants ne satisfaisaient pas au critère établi et n'ont pas cherché à l'invoquer, et c'est là la raison pour laquelle elles ont été acceptées à la clinique des appelants. Le système a eu à répondre à une avalanche de demandes d'avortement dont certaines pouvaient remplir les conditions du par. 251(4), mais dont un grand nombre ne le pouvaient pas. Dans la mesure où l'on peut dire que le régime administratif instauré par la loi a fonctionné inefficacement, ce qui peut être fort douteux, cela tient principalement à des facteurs étrangers à la loi, savoir la demande générale d'avortements en dépit des dispositions de l'art. 251. À mon avis, un tribunal ne peut, pour ce motif, invalider une disposition législative.

Les appelants en cette Cour ont soulevé d'autres arguments dont la plupart peuvent, selon moi, être traités brièvement.

L'article 605 du *Code criminel*

On a soutenu que l'al. 605(1)a), qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquiescement prononcé par une cour de première instance, pour tout motif comportant une question de droit seulement, est contraire à l'art. 7

11(h). There is a simple answer to this argument. The words of s. 11(h), "if finally acquitted" and "if finally found guilty", must be construed to mean after the appellate procedures have been completed, otherwise there would be no point or meaning in the word "finally". There is no merit in this ground. I would dispose of this question for the reasons given by the Court of Appeal.

Section 251 of the Criminal Code — Violation of s. 15 of the Charter

I find no merit in the argument advanced under this heading to the effect that the equality rights of women are infringed by s. 251 of the *Criminal Code* and on this issue again I would adopt the reasons of the Ontario Court of Appeal found at (1985), 52 O.R. (2d) 353, at pp. 392-97.

Section 251 of the Criminal Code and s. 2(a) of the Charter

I am unable to find any abridgement of freedom of conscience and religion in s. 251 of the *Criminal Code*. I agree with, and on this ground of appeal I would adopt, the reasons for judgment of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at pp. 389-91.

Section 251 of the Criminal Code and s. 12 of the Charter — Cruel and Unusual Punishment

I would reject this argument and again adopt without variation or addition the reasons of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at p. 392.

Section 91(27) Constitution Act, 1867 (ultra vires)

It was submitted on this issue that s. 251 was *ultra vires* of Parliament and could no longer be supported under the criminal power because it was colourable legislation in pith and substance, legislation for the protection of health and, therefore, within provincial competence. There is, in my view, no merit in this argument and I again adopt the reasons of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at pp. 397-99.

et aux al. 11d), f) et h) de la *Charte*. C'est principalement sur l'al. 11h) qui a été invoqué. Or, la réponse à cet argument est simple. Les expressions «définitivement acquitté» et «définitivement déclaré coupable» employées à l'al. 11h) doivent s'interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d'appel sont terminées, sinon le mot «définitivement» serait inutile ou dénué de tout sens. Ce moyen n'est donc pas fondé. Je suis d'avis de trancher cette question en adoptant les motifs donnés par la Cour d'appel.

L'article 251 du Code criminel — violation de l'art. 15 de la Charte

Je juge mal fondé l'argument avancé sous cette rubrique, suivant lequel l'art. 251 du *Code criminel* porte atteinte aux droits des femmes à l'égalité. Sur ce point également, j'adopte les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario que l'on trouve à (1985), 52 O.R. (2d) 353, aux pp. 392 à 397.

L'article 251 du Code criminel et l'al. 2a) de la Charte

Je ne vois pas en quoi l'art. 251 du *Code criminel* porte atteinte à la liberté de conscience et de religion. Sur ce moyen d'appel, je partage et je fais miens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, aux pp. 389 à 391.

L'article 251 du Code criminel et l'art. 12 de la Charte — peine cruelle et inusitée

Je suis d'avis de rejeter cet argument et d'adopter, encore une fois sans modification ni adjonction, les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, à la p. 392.

Le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 (ultra vires)

On fait valoir relativement à cette question que l'art. 251 outrepassé la compétence du Parlement et ne peut plus se justifier par la compétence en matière criminelle parce qu'il s'agit de législation déguisée qui vise, de par son caractère véritable, à protéger la santé et qui relève donc de la compétence provinciale. À mon avis, cet argument n'est pas fondé et j'adopte, une fois de plus les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, aux pp. 397 à 399.

Section 96 Constitution Act, 1867

The essence of this argument was that s. 251 of the *Criminal Code* purported to give powers to therapeutic abortion committees exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. There is no merit in this argument. I adopt the reasons of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at p. 400.

Wrongful Interdelegation of Powers

I would dispose of this argument which was to the effect that s. 251 delegated powers relating to criminal law to the provinces generally, as did the Court of Appeal in their reasons: *supra*, at p. 399. I do not wish, however, to say anything about *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, which is relied upon by that court and is currently on appeal to this Court.

Defence of Necessity

This ground of appeal must also fail. There is no evidence whatever in the record that could support the defence.

Counsel's Address

In his reasons for judgment, the Chief Justice referred to defence counsel's address to the jury at trial, in which he had told the jury that they need not apply s. 251 of the *Criminal Code* if they thought it was bad law. I would associate myself with what the Chief Justice has said on this question. I am in full agreement with him that counsel was wrong in addressing the jury as he did and I would add that such practice, if commonly adopted, would undermine and place at risk the whole jury system.

Conclusion

Before leaving this case, I wish to make it clear that I express no opinion on the question of whether, or upon what conditions, there should be a right for a pregnant woman to have an abortion free of legal sanction. No valid constitutional objection to s. 251 of the *Criminal Code* has, in my view, been raised and, consequently, if there is to be a change

L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

Cet argument porte essentiellement que l'art. 251 du *Code criminel* a pour effet d'investir les comités de l'avortement thérapeutique de pouvoirs qui étaient exercés, à l'époque de la Confédération, par les cours de comté et de district et les cours supérieures. Cet argument est sans fondement. Je fais miens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, à la p. 400.

Délégation illégale de pouvoirs

Suivant cet argument, l'art. 251 délègue aux provinces en général des pouvoirs en matière de droit criminel. J'y réponds de la même manière que le fait la Cour d'appel dans ses motifs: précité, à la p. 399. Je m'abstiens toutefois de me prononcer sur la décision *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, qui a été invoquée par cette cour et qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant nous.

Le moyen de défense fondé sur la nécessité

Ce moyen doit également être rejeté. D'après le dossier, il n'y a aucun élément de preuve qui puisse justifier ce moyen de défense.

La plaidoirie de l'avocat

Dans ses motifs de jugement, le Juge en chef fait mention de la plaidoirie dans laquelle l'avocat de la défense, au procès, a dit aux jurés qu'ils n'avaient pas à appliquer l'art. 251 du *Code criminel* s'ils estimaient qu'il s'agissait là d'une mauvaise règle de droit. Sur cette question, je me range à l'avis du Juge en chef. Je souscris entièrement à son opinion que l'avocat a eu tort de s'adresser ainsi au jury et j'ajouterais qu'une telle pratique, si elle devait se répandre, minerait et compromettrait tout le système des procès par jury.

Conclusion

Avant de terminer, je tiens à préciser que je n'exprime aucune opinion sur la question de savoir si, et à quelles conditions, les femmes enceintes devraient avoir le droit de se faire avorter impunément. On n'a soulevé selon moi aucune objection à l'art. 251 du *Code criminel* qui soit valable sur le plan constitutionnel et, par conséquent, j'estime

in the law concerning this question it will be for Parliament to make. Questions of public policy touching on this controversial and divisive matter must be resolved by the elected Parliament. It does not fall within the proper jurisdiction of the courts. Parliamentary action on this matter is subject to judicial review but, in my view, nothing in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gives the Court the power or duty to displace Parliament in this matter involving, as it does, general matters of public policy.

I would adopt as clearly expressive of the proper approach to be taken by the courts in dealing with *Charter* issues the words of Taylor J., of the Supreme Court of British Columbia, in the case of *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7. The facts of that case concerned the question of a mandatory retirement provision for employees of the University of British Columbia. The question of discrimination under s. 15 was raised. In dealing with the question of the purpose and constitutional effect of the *Charter*, Taylor J., at p. 11, after noting that the *Charter* functions assigned to the courts do not "allocate to the courts the responsibility for designing, initiating or directing social or economic policy", continued:

It is, of course, true that the function of the courts has been extended. In many cases in which the meaning or proper application of the *Charter* is in doubt the courts must decide whether or not a legislative, administrative or other act complained of requires constitutional sanction, and such decisions may well have social or economic consequences. As has been emphasized by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at 496-97, [1986] 1 W.W.R. 481 (sub nom. *Ref. re S. 94(2) of Motor Vehicle Act*), 69 B.C.L.R. 145, 48 C.R. (3d) 289, 36 M.V.R. 240, 23 C.C.C. (3d) 289, 24 D.L.R. (4th) 536, 18 C.R.R. 30, 63 N.R. 266, this imposes on the courts a new and onerous duty. In carrying out that task, however, the courts can be concerned with social or economic implications only to the extent that they assist in answering the question whether or not the right claimed is one entitled to constitutional protection. The rights to which the *Chart-*

que si la loi doit être changée à ce propos, il appartiendra au Parlement de le faire. C'est aux députés élus que revient la tâche de résoudre les questions de politique générale touchant ce domaine controversé qui est la cause de tant de discorde. Les tribunaux n'ont pas compétence en la matière. Certes, les mesures prises par le législateur peuvent être soumises à un contrôle judiciaire mais, selon moi, il n'y a rien dans la *Charte canadienne des droits et libertés* qui habilite ou oblige la Cour à se substituer au Parlement dans ce domaine qui comporte des questions générales d'intérêt public.

J'adopte comme un énoncé clair de la façon dont les tribunaux doivent aborder les questions touchant la *Charte*, les propos qu'a tenus le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7. Dans cette affaire, il était question d'une disposition prescrivant la retraite obligatoire d'employés de l'Université de la Colombie-Britannique. On a soulevé la question de la discrimination au sens de l'art. 15. En traitant de l'objet et de l'effet constitutionnel de la *Charte*, le juge Taylor affirme ce qui suit, à la p. 11, après avoir fait observer que les fonctions dont la *Charte* investit les tribunaux [TRADUCTION] "n'impose[nt] pas . . . aux tribunaux la responsabilité de concevoir, d'inaugurer ou de diriger la politique sociale ou économique":

[TRADUCTION] Il est vrai, bien entendu, que le rôle des tribunaux a pris de l'ampleur. Dans bien des cas où il subsiste des doutes quant au sens de la *Charte* ou quant à la façon dont il convient de l'appliquer, les tribunaux doivent décider si un acte législatif, administratif ou autre, dont on se plaint, requiert une sanction en vertu de la Constitution, et il se peut bien que ces décisions aient des conséquences sociales ou économiques. Comme l'a souligné le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 496 et 497, [1986] 1 W.W.R. 481 (sub nom. *Ref. re S. 94(2) of Motor Vehicle Act*), 69 B.C.L.R. 145, 48 C.R. (3d) 289, 36 M.V.R. 240, 23 C.C.C. (3d) 289, 24 D.L.R. (4th) 536, 18 C.R.R. 30, 63 N.R. 266, cela a pour effet d'imposer aux tribunaux une responsabilité nouvelle et lourde. En remplissant cette tâche, cependant, ils ne peuvent tenir compte des répercussions sociales ou économiques que dans la mesure où celles-ci

er grants protection are those fundamental to the free and democratic society.

This approach is applicable to the abortion question. The solution to this question in this country must be left to Parliament. It is for Parliament to pronounce on and to direct social policy. This is not because Parliament can claim all wisdom and knowledge but simply because Parliament is elected for that purpose in a free democracy and, in addition, has the facilities — the exposure to public opinion and information — as well as the political power to make effective its decisions. I refer with full approval to a further comment by Taylor J., *supra*, at p. 12:

The present case may serve, perhaps, to emphasize that the courts lack both the exposure to public opinion required in order to discharge the essentially “political” task of weighing social or economic interests and deciding between them, and also the ability to gather the information they would need for that task. When it has run its course the litigation may also have served to demonstrate — if demonstration be needed — that the judicial system of necessity lacks the capacity of parliamentary bodies to act promptly when economic or social considerations indicate that a change in the law is desirable and, of equal importance, to react promptly when results show either that a change made for that purpose has not achieved its objective or that the objective is no longer desirable.

For all of these reasons, I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

aident à répondre à la question de savoir si le droit revendiqué jouit d’une protection en vertu de la Constitution. Or, les droits garantis par la Charte sont ceux qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique.

Ce point de vue est applicable à la question de l’avortement. Au Canada, il appartient au Parlement de régler cette question. C’est au Parlement qu’il revient de formuler et de diriger la politique sociale, non pas parce qu’il possède une sagesse infinie et la connaissance de toutes choses, mais simplement parce que c’est précisément dans ce but que les députés sont élus dans une démocratie libre. De plus, le Parlement dispose des moyens (du fait qu’il est au courant de l’opinion publique) ainsi que du pouvoir politique de mettre à exécution ses décisions. J’approuve entièrement les observations suivantes que fait le juge Taylor dans la décision précitée, à la p. 12:

[TRADUCTION] La présente affaire sert peut-être à mettre en relief le fait que les tribunaux ne sont pas suffisamment au courant de l’opinion publique pour pouvoir s’acquitter de la tâche essentiellement «politique» qui consiste à soupeser les différents intérêts sociaux ou économiques et à faire un choix entre ces intérêts et aussi le fait qu’ils ne sont pas non plus à même de réunir les données qu’il leur faudrait pour pouvoir remplir cette fonction. Il se peut par ailleurs que le litige, quand il aura abouti, aura servi en outre à démontrer, à supposer que cela soit nécessaire, que, par la force des choses, le système judiciaire n’a pas la capacité des organes parlementaires d’agir promptement lorsque des facteurs d’ordre économique ou social indiquent qu’il est souhaitable de modifier la loi ni, ce qui est tout aussi important, celle de réagir promptement lorsqu’il s’avère qu’une telle modification n’a pas eu l’effet escompté ou que l’objectif visé n’est plus souhaitable.

Pour tous ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Question:

L’article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l’al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer:

No.

2. Question:

If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

No answer is required.

3. Question:

Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer:

No.

4. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer:

No.

5. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?

Answer:

No.

6. Question:

Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Réponse:

Non.

a 2. Question:

Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

c Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Question:

d L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?

Réponse:

e Non.

4. Question:

f L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse:

Non.

g 5. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?

Réponse:

i Non.

6. Question:

L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer:

With respect to s. 605, the answer is No. As to s. 610(3), I adopt the reasons of the Court of Appeal and say that no costs should be awarded. ^a

7. Question:

If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^b

Answer:

No answer is required.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—At the heart of this appeal is the question whether a pregnant woman can, as a constitutional matter, be compelled by law to carry the foetus to term. The legislature has proceeded on the basis that she can be so compelled and, indeed, has made it a criminal offence punishable by imprisonment under s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, for her or her physician to terminate the pregnancy unless the procedural requirements of the section are complied with. ^c

My colleagues, the Chief Justice and Justice Beetz, have attacked those requirements in reasons which I have had the privilege of reading. They have found that the requirements do not comport with the principles of fundamental justice in the procedural sense and have concluded that, since they cannot be severed from the provisions creating the substantive offence, the whole of s. 251 must fall. ^d

With all due respect, I think that the Court must tackle the primary issue first. A consideration as to whether or not the procedural requirements for obtaining or performing an abortion comport with fundamental justice is purely academic if such requirements cannot as a constitutional matter be imposed at all. If a pregnant ^e

Réponse:

La réponse est négative quant à l'art. 605. Pour ce qui est du par. 610(3), je suis d'avis d'adopter les motifs de la Cour d'appel et de ne pas accorder de dépens. ^a

7. Question:

Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? ^b

Réponse:

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. ^c

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—La question au cœur de ce pourvoi est de savoir si une femme enceinte peut, sur le plan constitutionnel, être forcée par la loi à mener le fœtus à terme. Le législateur a tenu pour acquis qu'on pouvait l'y forcer et a d'ailleurs prévu, à l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, que l'interruption de grossesse par une femme ou son médecin, à moins que les exigences procédurales de cet article ne soient respectées, constitue une infraction criminelle punissable d'emprisonnement. ^d

Mes collègues, le Juge en chef et le juge Beetz, ont attaqué ces exigences dans des motifs que j'ai eu l'avantage de lire. Ils ont jugé qu'elles ne respectent pas les principes de justice fondamentale sur le plan de la procédure et ont conclu que, puisqu'elles ne peuvent être séparées des dispositions de fond qui créent l'infraction, l'ensemble de l'art. 251 doit être invalidé. ^e

Avec égards, je pense que la Cour doit s'attaquer d'abord à la question fondamentale. Se demander si les exigences procédurales pour obtenir un avortement ou pour le pratiquer respectent ou non la justice fondamentale devient une question purement théorique si, sur le plan constitutionnel, ces exigences ne peuvent absolument pas ^f

woman cannot, as a constitutional matter, be compelled by law to carry the foetus to term against her will, a review of the procedural requirements by which she may be compelled to do so seems pointless. Moreover, it would, in my opinion, be an exercise in futility for the legislature to expend its time and energy in attempting to remedy the defects in the procedural requirements unless it has some assurance that this process will, at the end of the day, result in the creation of a valid criminal offence. I turn, therefore, to what I believe is the central issue that must be addressed.

1. The Right of Access to Abortion

Section 7 of the *Charter* provides:

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.

I agree with the Chief Justice that we are not called upon in this case to delineate the full content of the right to life, liberty and security of the person. This would be an impossible task because we cannot envisage all the contexts in which such a right might be asserted. What we are asked to do, I believe, is define the content of the right in the context of the legislation under attack. Does section 251 of the *Criminal Code* which limits the pregnant woman's access to abortion violate her right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7?

Leaving aside for the moment the implications of the section for the foetus and addressing only the s. 7 right of the pregnant woman, it seems to me that we can say with a fair degree of confidence that a legislative scheme for the obtaining of an abortion which exposes the pregnant woman to a threat to her security of the person would violate her right under s. 7. Indeed, we have already stated in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, that security of the person even on the purely physical level must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from the actual punishment or suffering itself. In other words, the fact of exposure is enough to violate security of the person. I agree with the Chief Justice and Beetz J. who, for differing reasons,

être imposées. Si une femme enceinte ne peut, sur le plan constitutionnel, être forcée par la loi à mener le foetus à terme contre sa volonté, l'examen des exigences procédurales par lesquelles elle peut y être forcée perd sa raison d'être. En outre, il serait, à mon avis, futile pour le législateur de gaspiller temps et énergie à tenter de remédier aux défauts des exigences procédurales s'il n'a quelque assurance que ce faisant, une infraction criminelle valide sera en fin de compte créée. J'en viens donc à ce que je crois être le point central qu'il faut examiner.

1. Le droit à l'avortement

L'article 7 de la *Charte* porte:

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.

Je conviens avec le Juge en chef qu'il ne nous est pas demandé dans cette affaire de délimiter dans tous ses aspects le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Ce serait là une tâche impossible car nous ne pouvons concevoir tous les contextes dans lesquels ce droit pourrait être revendiqué. Ce qu'on nous demande de faire, je crois, c'est de définir ce droit dans le contexte de la loi contestée. L'article 251 du *Code criminel* qui limite le recours d'une femme enceinte à l'avortement viole-t-il son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7?

Si nous mettons de côté pour le moment les incidences que peut avoir l'article pour le foetus et que nous nous intéressons uniquement au droit que l'art. 7 confère à la femme enceinte, il me semble que nous pouvons dire avec suffisamment de certitude qu'une structure législative régissant l'avortement qui menace la sécurité de la personne de la femme enceinte viole le droit que lui garantit l'art. 7. D'ailleurs, nous avons déjà dit dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, que la sécurité de la personne, même au niveau purement physique, doit comprendre la liberté d'être exempt de toute menace de châtement corporel ou de souffrance, tout autant que la liberté d'être exempt du châtement ou de la souffrance eux-mêmes. En d'autres termes, l'éventualité elle-même suffit pour qu'il y

find that pregnant women are exposed to a threat to their physical and psychological security under the legislative scheme set up in s. 251 and, since these are aspects of their security of the person, their s. 7 right is accordingly violated. But this, of course, does not answer the question whether even the ideal legislative scheme, assuming that it is one which poses no threat to the physical and psychological security of the person of the pregnant woman, would be valid under s. 7. I say this for two reasons: (1) because s. 7 encompasses more than the right to security of the person; it speaks also of the right to liberty, and (2) because security of the person may encompass more than physical and psychological security; this we have yet to decide.

It seems to me, therefore, that to commence the analysis with the premise that the s. 7 right encompasses only a right to physical and psychological security and to fail to deal with the right to liberty in the context of "life, liberty and security of the person" begs the central issue in the case. If either the right to liberty or the right to security of the person or a combination of both confers on the pregnant woman the right to decide for herself (with the guidance of her physician) whether or not to have an abortion, then we have to examine the legislative scheme not only from the point of view of fundamental justice in the procedural sense but in the substantive sense as well. I think, therefore, that we must answer the question: what is meant by the right to liberty in the context of the abortion issue? Does it, as Mr. Manning suggests, give the pregnant woman control over decisions affecting her own body? If not, does her right to security of the person give her such control? I turn first to the right to liberty.

(a) *The Right to Liberty*

In order to ascertain the content of the right to liberty we must, as Dickson C.J. stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, commence with an analysis of the purpose of the right. Quoting from the Chief Justice at p. 344:

ait atteinte à la sécurité de la personne. Je partage l'avis du Juge en chef et du juge Beetz qui, pour des raisons différentes, ont conclu que les femmes enceintes voient leur sécurité physique et psychologique menacée par la structure législative élaborée à l'art. 251 et, comme il s'agit là d'aspects de la sécurité de la personne, leur droit en vertu de l'art. 7 est par conséquent violé. Mais bien entendu, cela ne répond pas à la question de savoir si même une structure législative idéale, en présumant qu'elle ne constitue pas une menace à la sécurité physique et psychologique de la personne de la femme enceinte, serait valide en vertu de l'art. 7. Il y a deux raisons à cela: (1) parce que l'art. 7 englobe plus que le droit à la sécurité de la personne, il mentionne aussi le droit à la liberté, et (2) parce qu'il se peut que la sécurité de la personne englobe plus que la sécurité physique et psychologique; c'est ce que nous avons à décider.

Il me semble donc que prendre comme point de départ de l'analyse la prémisse que le droit de l'art. 7 ne comprend qu'un droit à la sécurité physique et psychologique, sans traiter du droit à la liberté, dans ce contexte de «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne», c'est présumer résolue dès le départ la question centrale en litige. Si le droit à la liberté, le droit à la sécurité de la personne ou une combinaison des deux confèrent à la femme enceinte le droit de décider elle-même (sur les conseils de son médecin) d'avoir ou non un avortement, il nous faut alors examiner la structure législative non seulement du point de vue de la justice fondamentale quant à la procédure mais aussi quant au fond. Je pense donc que nous devons répondre à la question: qu'entend-on par le droit à la liberté dans le contexte de la question de l'avortement? Donne-t-il, comme M^e Manning le prétend, à la femme enceinte le pouvoir de prendre des décisions relativement à son corps? Sinon, son droit à la sécurité de sa personne lui donne-t-il ce pouvoir? Je traiterai d'abord du droit à la liberté.

i) a) *Le droit à la liberté*

Pour déterminer ce que comprend le droit à la liberté, nous devons, comme le juge en chef Dickson le dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, procéder d'abord à l'analyse de l'objet de ce droit. Pour citer le Juge en chef, à la p. 344:

... the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection.

We are invited, therefore, to consider the purpose of the *Charter* in general and of the right to liberty in particular.

The *Charter* is predicated on a particular conception of the place of the individual in society. An individual is not a totally independent entity disconnected from the society in which he or she lives. Neither, however, is the individual a mere cog in an impersonal machine in which his or her values, goals and aspirations are subordinated to those of the collectivity. The individual is a bit of both. The *Charter* reflects this reality by leaving a wide range of activities and decisions open to legitimate government control while at the same time placing limits on the proper scope of that control. Thus, the rights guaranteed in the *Charter* erect around each individual, metaphorically speaking, an invisible fence over which the state will not be allowed to trespass. The role of the courts is to map out, piece by piece, the parameters of the fence.

The *Charter* and the right to individual liberty guaranteed under it are inextricably tied to the concept of human dignity. Professor Neil MacCormick, Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations, University of Edinburgh, in his work entitled *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1982), speaks of liberty as "a condition of human self-respect and of that contentment which resides in the ability to pursue one's own conception of a full and rewarding life" (p. 39). He says at p. 41:

To be able to decide what to do and how to do it, to carry out one's own decisions and accept their consequences, seems to me essential to one's self-respect as a

... l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*.

On nous invite donc à examiner l'objet de la *Charte* en général et du droit à la liberté en particulier.

La *Charte* est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société. Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu les deux. La *Charte* exprime cette réalité en laissant un vaste champ d'activités et de décisions au contrôle légitime du gouvernement, tout en fixant des bornes à l'étendue appropriée de ce contrôle. Ainsi, les droits garantis par la *Charte* érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière.

La *Charte* et le droit à la liberté individuelle qu'elle garantit sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. Neil MacCormick, professeur de droit public et de droit naturel et international à l'Université d'Édimbourg, dans son ouvrage intitulé *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1982), parle de la liberté comme [TRADUCTION] "une condition du respect de soi et de la satisfaction que procure la capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue" (à la p. 39). Il dit à la p. 41:

[TRADUCTION] Pouvoir décider ce qu'on veut faire et comment le faire, pour concrétiser ses propres décisions, en en acceptant les conséquences, me semble essentiel au

human being, and essential to the possibility of that contentment. Such self-respect and contentment are in my judgment fundamental goods for human beings, the worth of life itself being on condition of having or striving for them. If a person were deliberately denied the opportunity of self-respect and that contentment, he would suffer deprivation of his essential humanity.

Dickson C.J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* makes the same point at p. 346:

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

It was further amplified in Dickson C.J.'s discussion of *Charter* interpretation in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the

respect de soi en tant qu'être humain et essentiel pour parvenir à cette satisfaction. Ce respect de soi et cette satisfaction sont, à mon avis, des biens fondamentaux pour l'être humain, la vie elle-même ne valant la peine d'être vécue qu'à la condition de les éprouver ou de les rechercher. L'individu auquel on refuserait délibérément la possibilité de parvenir au respect de lui-même et à cette satisfaction se verrait privé de l'essence de son humanité.

Le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, soutient le même point de vue, à la p. 346:

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Le juge en chef Dickson a approfondi ce point de vue dans son analyse de l'interprétation de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchéatement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à

ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

The idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the *Charter*. Individuals are afforded the right to choose their own religion and their own philosophy of life, the right to choose with whom they will associate and how they will express themselves, the right to choose where they will live and what occupation they will pursue. These are all examples of the basic theory underlying the *Charter*, namely that the state will respect choices made by individuals and, to the greatest extent possible, will avoid subordinating these choices to any one conception of the good life.

Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh*, is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

This view is consistent with the position I took in the case of *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284. One issue raised in that case was whether the right to liberty in s. 7 of the *Charter* included a parent's right to bring up his children in accordance with his conscientious beliefs. In concluding that it did I stated at pp. 318-19:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to

l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien.

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Ce point de vue est conforme à la position que j'ai prise dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer notamment si le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 de la *Charte* incluait le droit pour un père d'élever ses enfants conformément à ses croyances intimes. En concluant que c'était le cas, j'ai dit, aux pp. 318 et 319:

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRA-

do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it". He added:

Each is the proper guardian of his own health, whether bodily *or* mental and spiritual. Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves than by compelling each to live as seems good to the rest.

Liberty in a free and democratic society does not require the state to approve the personal decisions made by its citizens; it does, however, require the state to respect them.

This conception of the proper ambit of the right to liberty under our *Charter* is consistent with the American jurisprudence on the subject. While care must undoubtedly be taken to avoid a mechanical application of concepts developed in different cultural and constitutional contexts, I would respectfully agree with the observation of my colleague, Estey J., in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 366-67:

With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court.

The courts in the United States have had almost two hundred years experience at this task and it is of more than passing interest to those concerned with these new developments in Canada to study the experience of the United States courts.

As early as the 1920's the American Supreme Court employed the Fifth and Fourteenth Amendments to the American Constitution to give parents a degree of choice in the education of their children. In *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), the Court struck down a law prohibiting the teaching of any subject in a language other than English. In *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), an Oregon statute requiring all "normal children" to attend public school and thus prohibiting private school attendance was held to be unconstitutional. The Court in *Pierce* at pp. 534-35 characterized the interest being infringed

DUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres de leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». Il ajoutait:

[TRADUCTION] Chacun est le véritable gardien de sa propre santé, tant physique que mentale et spirituelle. L'humanité a plus à gagner à laisser chacun vivre comme cela lui semble bon, qu'à forcer chacun à vivre comme cela semble bon aux autres.

La liberté dans une société libre et démocratique n'oblige pas l'État à approuver les décisions personnelles de ses citoyens; elle l'oblige cependant à les respecter.

Cette conception de la portée qu'il convient de donner au droit à la liberté sous le régime de notre *Charte* est conforme à la jurisprudence américaine sur le sujet. Quoiqu'il faille sans doute prendre garde d'appliquer mécaniquement des concepts élaborés dans des contextes culturels et constitutionnels différents, je souscris à l'observation que fait le juge Estey dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 366 et 367:

La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour.

Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada.

Dès les années 20, la Cour suprême des États-Unis a eu recours au Cinquième et au Quatorzième amendements de la Constitution américaine pour accorder aux parents une certaine latitude dans l'éducation de leurs enfants. Dans l'arrêt *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), la Cour a annulé une loi interdisant l'enseignement, quelle que soit la matière, dans une langue autre que l'anglais. Dans l'arrêt *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), une loi de l'Oregon obligeant tous les «enfants normaux» à fréquenter l'école publique, et leur interdisant par le fait même la fréquentation d'une école privée, a été jugée

as “the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control”.

The sanctity of the family was underlined by the decision in *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), where the Supreme Court invalidated a state law authorizing the sterilization of individuals convicted of two or more crimes involving moral turpitude. While the law was struck down on the basis that it violated the equal protection clause of the Fourteenth Amendment, the Court had this to say of the interest at stake: “We are dealing here with legislation which involves one of the basic civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race” (at p. 541).

Later the Supreme Court was asked to determine the constitutionality of a Connecticut statute forbidding the use of contraceptives by married couples. In *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), the majority held this statute to be invalid. The judges writing for the majority used various constitutional routes to arrive at this conclusion but the common denominator seems to have been a profound concern over the invasion of the marital home required for the enforcement of the law. *Griswold* was interpreted by the Supreme Court in the later case of *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), where the majority stated at p. 453:

It is true that in *Griswold* the right of privacy in question inhered in the marital relationship. Yet the marital couple is not an independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional make up. If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual*, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.

In *Eisenstadt* the Court struck down a Massachusetts law that prohibited the distribution of any

inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *Pierce*, aux pp. 534 et 535, la Cour a qualifié l'intérêt auquel on portait atteinte comme étant [TRADUCTION] «la liberté des parents et tuteurs de diriger l'éducation des enfants dont ils ont la garde et l'enseignement qui leur est donné».

Le caractère sacré de la famille a été souligné par l'arrêt *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), où la Cour suprême a invalidé la loi d'un État qui autorisait la stérilisation des individus reconnus coupables de deux ou plusieurs crimes impliquant la turpitude morale. Quoique la loi ait été annulée parce qu'elle violait la clause de l'égalité de protection de la loi établie par le Quatorzième amendement, voici ce que la Cour a dit de l'intérêt en cause: [TRADUCTION] “Nous avons affaire ici à une loi qui touche aux droits civils fondamentaux de l'homme. Le mariage et la procréation sont fondamentaux pour l'existence et la survie mêmes de la race” (à la p. 541).

Ultérieurement, la Cour suprême a été appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi du Connecticut interdisant aux gens mariés d'utiliser des contraceptifs. Dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), la majorité a jugé cette loi invalide. Les juges qui ont écrit au nom de la majorité ont emprunté diverses voies constitutionnelles pour arriver à cette conclusion, mais le dénominateur commun semble avoir été une profonde appréhension que l'application de la loi exige une incursion dans le foyer conjugal. La Cour suprême a interprété l'arrêt *Griswold* dans une affaire ultérieure, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), où elle a dit, à la majorité, à la p. 453:

[TRADUCTION] Il est vrai que dans l'arrêt *Griswold* le droit à la vie privée en cause a été considéré comme inhérent à la relation conjugale. Néanmoins le couple marié n'est pas une entité indépendante dotée d'un esprit et d'un cœur distincts, mais une association de deux individus, chacun pourvu de caractéristiques intellectuelles et émotionnelles distinctes. Si le droit à la vie privée signifie quelque chose, c'est bien le droit de *l'individu*, marié ou célibataire, d'être libre de toute intrusion gouvernementale injustifiée dans des domaines touchant si fondamentalement à la personne, comme la décision de porter ou de mettre au monde un enfant.

Dans l'arrêt *Eisenstadt*, la Cour a annulé une loi du Massachusetts qui interdisait la distribution de

drug for the purposes of contraception to unmarried persons on the ground that it violated the equal protection clause.

The equal protection clause was also used by the Supreme Court in *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), to strike down legislation that purported to forbid inter-racial marriage. The Court tied its decision to the previous line of cases that protected basic choices relating to family life. It stated at p. 12: "The freedom to marry has long been recognized as one of the 'vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men. Marriage is one of the 'basic civil rights of man,' fundamental to our very existence and survival [The] freedom to marry . . . resides with the individual . . ." Thus, by a process of accretion the scope of the right of individuals to make fundamental decisions affecting their private lives was elaborated in the United States on a case by case basis. The parameters of the fence were being progressively defined.

For our purposes the most interesting development in this area of American law are the decisions of the Supreme Court in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), and its sister case *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973). In *Roe v. Wade* the Court held that a pregnant woman has the right to decide whether or not to terminate her pregnancy. This conclusion, the majority stated, was mandated by the body of existing law ensuring that the state would not be allowed to interfere with certain fundamental personal decisions such as education, child-rearing, procreation, marriage and contraception. The Court concluded that the right to privacy found in the Fourteenth Amendment guarantee of liberty ". . . is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy" (p. 153).

This right was not, however, to be taken as absolute. At some point the legitimate state interests in the protection of health, proper medical standards, and pre-natal life would justify its qualification. Lawrence H. Tribe, Professor of Law at Harvard University, in his work entitled

toute drogue à des fins de contraception aux gens non mariés pour le motif qu'elle violait la clause de l'égalité de protection de la loi.

^a La Cour suprême a aussi eu recours à la clause de l'égalité de protection de la loi dans l'arrêt *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), pour invalider une loi qui avait pour objet d'interdire les mariages raciaux mixtes. La Cour a lié sa décision à la ^b jurisprudence antérieure qui protégeait les choix fondamentaux en matière de vie familiale. Elle dit, à la p. 12: [TRADUCTION] «La liberté de se marier est reconnue depuis longtemps comme l'un des droits vitaux personnels essentiels à la recherche ^c méthodique du bonheur par les hommes libres. Le mariage est l'un des «droits civils fondamentaux de l'homme», le fondement de notre existence et de notre survie mêmes . . . [La] liberté de se marier ^d . . . réside chez l'individu». Ainsi, en quelque sorte par accretion, l'étendue du droit des individus de prendre des décisions fondamentales concernant leur vie privée a été élaborée cas par cas aux États-Unis. Les dimensions de la barrière ont ainsi ^e été progressivement définies.

Pour nos fins, les décisions concomitantes de la Cour suprême *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), et *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), constituent ^f le développement le plus intéressant dans ce domaine du droit américain. Dans l'arrêt *Roe v. Wade*, la Cour a jugé qu'une femme enceinte a le droit de décider d'interrompre ou non sa grossesse. Cette conclusion, a dit la majorité, était imposée ^g par le corps de droit existant qui interdit à l'État d'intervenir dans certaines décisions personnelles fondamentales telles l'enseignement donné aux enfants et leur éducation, la procréation, le mariage et la contraception. La Cour a conclu que ^h le droit à la vie privée que l'on trouve dans la garantie de la liberté du Quatorzième amendement [TRADUCTION] «. . . est suffisamment large pour inclure la décision d'une femme d'interrompre ou ⁱ non sa grossesse» (à la p. 153).

Ce droit ne doit pas, toutefois, être considéré comme absolu. Parvenu à un certain point, les intérêts légitimes de l'État vis-à-vis de la protection de la santé, des normes médicales appropriées et de la vie foetale justifient de le restreindre. Dans son ouvrage intitulé *American Constitutional Law*,

American Constitutional Law (1978), conveniently summarizes the limits the Court found to be inherent in the woman's right. I quote from pp. 924-25:

Specifically, the Court held that, because the woman's right to decide whether or not to end a pregnancy is fundamental, only a compelling interest can justify state regulation impinging in any way upon that right. During the first trimester of pregnancy, when abortion is less hazardous in terms of the woman's life than carrying the child to term would be, the state may require only that the abortion be performed by a licensed physician; no further regulations peculiar to abortion as such are compellingly justified in that period.

After the first trimester, the compelling state interest in the mother's health permits it to adopt reasonable regulations in order to promote safe abortions — but requiring abortions to be performed in hospitals, or only after approval of another doctor or committee in addition to the woman's physician, is impermissible, as is requiring that the abortion procedure employ a technique that, however preferable from a medical perspective, is not widely available.

Once the fetus is viable, in the sense that it is capable of survival outside the uterus with artificial aid, the state interest in preserving the fetus becomes compelling, and the state may thus proscribe its premature removal (i.e., its abortion) except to preserve the mother's life or health.

The decision in *Roe v. Wade* was re-affirmed by the Supreme Court in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), and again, though by a bare majority, in *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986). In *Thornburgh*, Blackmun J., speaking for the majority, identifies the core value which the American courts have found to inhere in the concept of liberty. He states at pp. 2184-85:

Our cases long have recognized that the Constitution embodies a promise that a certain private sphere of individual liberty will be kept largely beyond the reach of government . . . [citations omitted] That promise extends to women as well as to men. Few decisions are more personal and intimate, more properly private, or more basic to individual dignity and autonomy, than a

1978, Lawrence H. Tribe, professeur de droit à l'Université Harvard, donne un résumé commode des limites que la Cour a jugé inhérentes au droit de la femme. Je cite les pp. 924 et 925:

^a [TRADUCTION] Plus précisément, la Cour a jugé que, puisque le droit de la femme de décider d'interrompre ou non une grossesse est fondamental, seul un intérêt supérieur peut justifier une réglementation de l'État qui entraverait ce droit de quelque façon. Au cours du premier trimestre de la grossesse, alors que l'avortement est moins dangereux pour la vie de la femme que mener la grossesse à terme le serait, tout ce que l'État peut exiger, c'est que l'avortement soit pratiqué par un médecin qualifié; aucune autre réglementation de l'avortement comme tel n'est impérieusement justifiée au cours de cette période.

^b Après le premier trimestre, l'intérêt supérieur de l'État dans la santé de la mère l'autorise à adopter une réglementation raisonnable afin de favoriser des avortements sans danger; mais exiger que les avortements ne soient pratiqués que dans des hôpitaux, ou uniquement après qu'un autre médecin ou comité aura donné son aval, outre le médecin de la femme, ne saurait être autorisé, car ce serait exiger que la procédure d'avortement suive une technique qui, si préférable soit-elle dans une optique médicale, n'est pas largement répandue.

^c Lorsque le fœtus devient viable, en ce sens qu'il peut survivre à l'extérieur de l'utérus pourvu qu'on l'aide artificiellement, l'intérêt de l'État dans la préservation du fœtus devient supérieur et l'État peut alors interdire qu'on l'enlève prématurément (c.-à-d. le faire avorter) sauf pour préserver la vie ou la santé de la mère.

^d L'arrêt *Roe v. Wade* a été réaffirmé par la Cour suprême dans l'arrêt *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), et aussi, quoique par une très mince majorité, dans l'arrêt *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986). Dans l'arrêt *Thornburgh*, le juge Blackmun, s'exprimant au nom de la majorité, cerne la valeur centrale que les tribunaux américains ont jugé inhérente à la notion de liberté. Il dit, aux pp. 2184 et 2185:

^e [TRADUCTION] Notre jurisprudence reconnaît depuis longtemps que la Constitution comporte la promesse qu'une certaine sphère privée de la liberté individuelle demeurera largement hors de portée du gouvernement . . . [références omises]. Cette promesse vaut pour les femmes autant que pour les hommes. Peu de décisions sont aussi personnelles et intimes, aussi littéralement

woman's decision — with the guidance of her physician and within the limits specified in *Roe* — whether to end her pregnancy. A woman's right to make that choice freely is fundamental. Any other result, in our view, would protect inadequately a central part of the sphere of liberty that our law guarantees equally to all.

In my opinion, the respect for individual decision-making in matters of fundamental personal importance reflected in the American jurisprudence also informs the Canadian *Charter*. Indeed, as the Chief Justice pointed out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, beliefs about human worth and dignity “are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*”. I would conclude, therefore, that the right to liberty contained in s. 7 guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives.

The question then becomes whether the decision of a woman to terminate her pregnancy falls within this class of protected decisions. I have no doubt that it does. This decision is one that will have profound psychological, economic and social consequences for the pregnant woman. The circumstances giving rise to it can be complex and varied and there may be, and usually are, powerful considerations militating in opposite directions. It is a decision that deeply reflects the way the woman thinks about herself and her relationship to others and to society at large. It is not just a medical decision; it is a profound social and ethical one as well. Her response to it will be the response of the whole person.

It is probably impossible for a man to respond, even imaginatively, to such a dilemma not just because it is outside the realm of his personal experience (although this is, of course, the case) but because he can relate to it only by objectifying it, thereby eliminating the subjective elements of the female psyche which are at the heart of the dilemma. As Noreen Burrows, lecturer in European Law at the University of Glasgow, has point-

privées ou aussi fondamentales pour la dignité et l'autonomie individuelles que la décision prise par une femme — sur les conseils de son médecin et dans les limites indiquées dans l'arrêt *Roe* — d'interrompre ou non une grossesse. Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion, à notre avis, protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

À mon avis, le respect du pouvoir décisionnel de l'individu dans des domaines d'importance personnelle aussi fondamentaux que traduit la jurisprudence américaine nous renseigne aussi sur la *Charte* canadienne. D'ailleurs, comme le Juge en chef le rappelle dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la foi en la valeur et en la dignité humaines «constitue [. . .] le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*». Je conclus donc que le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée.

La question devient alors de savoir si la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Je n'ai pas de doute que ce soit le cas. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. Les circonstances qui y mènent peuvent être compliquées et multiples et il peut y avoir, comme c'est généralement le cas, des considérations puissantes en faveur de décisions opposées. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique. La réponse qu'elle y donne sera la réponse de tout son être.

Il est probablement impossible pour un homme d'imaginer une réponse à un tel dilemme, non seulement parce qu'il se situe en dehors du domaine de son expérience personnelle (ce qui, bien entendu, est le cas), mais aussi parce qu'il ne peut y réagir qu'en l'objectivant et en éliminant par le fait même les éléments subjectifs de la psyché féminine qui sont au cœur du dilemme. Comme Noreen Burrows, maître de conférence en

ed out in her essay on "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights", in *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), the history of the struggle for human rights from the eighteenth century on has been the history of men struggling to assert their dignity and common humanity against an overbearing state apparatus. The more recent struggle for women's rights has been a struggle to eliminate discrimination, to achieve a place for women in a man's world, to develop a set of legislative reforms in order to place women in the same position as men (pp. 81-82). It has not been a struggle to define the rights of women in relation to their special place in the societal structure and in relation to the biological distinction between the two sexes. Thus, women's needs and aspirations are only now being translated into protected rights. The right to reproduce or not to reproduce which is in issue in this case is one such right and is properly perceived as an integral part of modern woman's struggle to assert her dignity and worth as a human being.

Given then that the right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter* gives a woman the right to decide for herself whether or not to terminate her pregnancy, does s. 251 of the *Criminal Code* violate this right? Clearly it does. The purpose of the section is to take the decision away from the woman and give it to a committee. Furthermore, as the Chief Justice correctly points out, at p. 56, the committee bases its decision on "criteria entirely unrelated to [the pregnant woman's] own priorities and aspirations". The fact that the decision whether a woman will be allowed to terminate her pregnancy is in the hands of a committee is just as great a violation of the woman's right to personal autonomy in decisions of an intimate and private nature as it would be if a committee were established to decide whether a woman should be allowed to continue her pregnancy. Both these arrangements violate the woman's right to liberty by deciding for her something that she has the right to decide for herself.

droit européen à l'Université de Glasgow, le fait observer dans son essai "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights", dans *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), l'histoire du combat pour les droits de la personne, du dix-huitième siècle à aujourd'hui, est l'histoire des hommes qui ont lutté pour affirmer leur dignité et leur commune humanité contre un appareil d'État autoritaire. Plus récemment, la lutte pour la reconnaissance des droits des femmes a été un combat contre la discrimination, pour que les femmes trouvent une place dans un monde d'hommes, pour élaborer un ensemble de réformes législatives afin de placer les femmes sur le même pied que les hommes (aux pp. 81 et 82). Il ne s'agit pas d'une lutte pour définir les droits des femmes par rapport à leur position particulière dans la structure sociale et par rapport à la différence biologique entre les deux sexes. Ainsi les besoins et les aspirations des femmes se traduisent seulement aujourd'hui en des droits garantis. Le droit de se reproduire ou de ne pas se reproduire, qui est en cause en l'espèce, est l'un de ces droits et c'est à raison qu'on le considère comme faisant partie intégrante de la lutte contemporaine de la femme pour affirmer sa dignité et sa valeur en tant qu'être humain.

Étant donné alors que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* confère à une femme le droit de décider elle-même d'interrompre ou non sa grossesse, l'art. 251 du *Code criminel* viole-t-il ce droit? Manifestement il le viole. L'article a pour objet d'enlever cette décision à la femme pour confier à un comité le soin de la prendre. En outre, comme le Juge en chef l'observe à juste titre, à la p. 56, le comité fonde sa décision sur "des critères totalement sans rapport avec ses [celles de la femme enceinte] propres priorités et aspirations". Le fait que la décision d'autoriser ou non une femme à interrompre sa grossesse soit dans les mains d'un comité est une violation tout aussi grave du droit de la femme à l'autonomie personnelle en matière de décision de nature intime et privée que serait celle d'établir un comité pour décider s'il faut autoriser une femme à mener sa grossesse à terme. Dans les deux cas, il y a violation du droit de la femme à la liberté, car on décide pour elle ce qu'elle a le droit de décider elle-même.

(b) *The Right to Security of the Person*

Section 7 of the *Charter* also guarantees everyone the right to security of the person. Does this, as Mr. Manning suggests, extend to the right of control over one's own body?

I agree with the Chief Justice and with Beetz J. that the right to "security of the person" under s. 7 of the *Charter* protects both the physical and psychological integrity of the individual. State enforced medical or surgical treatment comes readily to mind as an obvious invasion of physical integrity. Lamer J. held in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, that the right to security of the person entitled a person to be protected against psychological trauma as well — in that case the psychological trauma resulting from delays in the trial process under s. 11(b) of the *Charter*. He found that psychological trauma could take the form of "stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to outcome and sanction". I agree with my colleague and I think that his comments are very germane to the instant case because, as the Chief Justice and Beetz J. point out, the present legislative scheme for the obtaining of an abortion clearly subjects pregnant women to considerable emotional stress as well as to unnecessary physical risk. I believe, however, that the flaw in the present legislative scheme goes much deeper than that. In essence, what it does is assert that the woman's capacity to reproduce is not to be subject to her own control. It is to be subject to the control of the state. She may not choose whether to exercise her existing capacity or not to exercise it. This is not, in my view, just a matter of interfering with her right to liberty in the sense (already discussed) of her right to personal autonomy in decision-making, it is a direct interference with her physical "person" as well. She is truly being treated as a means — a means to an end which she does not desire but over which she has no control. She is the passive recipient of a decision made by others as to whether her body is to be used to nurture a new life. Can there be anything that comports less with human dignity and self-respect? How can a woman in this

b) *Le droit à la sécurité de sa personne*

L'article 7 de la *Charte* garantit aussi à chacun le droit à la sécurité de sa personne. Cela va-t-il, comme le prétend M^e Manning, jusqu'au droit à la maîtrise de son propre corps?

Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Beetz pour dire que le droit de chacun à «la sécurité de sa personne» garanti par l'art. 7 de la *Charte* protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne. Les traitements médicaux ou chirurgicaux imposés par l'État viennent tout de suite à l'esprit comme exemples d'atteintes manifestes à l'intégrité corporelle. Le juge Lamer a conclu dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, qu'aux termes du droit à la sécurité de la personne on avait aussi le droit d'être protégé contre le traumatisme psychologique: dans cette affaire, le traumatisme psychologique résultait du retard à être jugé au sens de l'al. 11b) de la *Charte*. Il a conclu que le traumatisme psychologique pouvait prendre pour forme «la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine». Je partage l'opinion de mon collègue et j'estime ses commentaires particulièrement appropriés en l'espèce car, comme le Juge en chef et le juge Beetz le soulignent, la structure législative actuelle d'obtention d'un avortement soumet clairement les femmes enceintes à une tension émotionnelle considérable ainsi qu'à un risque physique inutile. Je crois néanmoins que la faille dans la structure législative actuelle est beaucoup plus profonde. Essentiellement, ce qu'elle fait, c'est affirmer que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle. Elle doit être soumise au contrôle de l'État. On ne lui permet pas de choisir d'exercer la capacité qui est la sienne ou de ne pas l'exercer. À mon avis, il ne s'agit pas seulement d'une entrave à son droit à la liberté au sens (déjà analysé) de son droit à son autonomie décisionnelle personnelle, c'est aussi une atteinte à sa «personne» physique. Elle est littéralement traitée comme un moyen, un moyen pour une fin qu'elle ne désire pas et qu'elle ne

position have any sense of security with respect to her person? I believe that s. 251 of the *Criminal Code* deprives the pregnant woman of her right to security of the person as well as her right to liberty.

2. The Scope of the Right under s. 7

I turn now to a consideration of the degree of personal autonomy the pregnant woman has under s. 7 of the *Charter* when faced with a decision whether or not to have an abortion or, to put it into the legislative context, the degree to which the legislature can deny the pregnant woman access to abortion without violating her s. 7 right. This involves a consideration of the extent to which the legislature can “deprive” her of it under the second part of s. 7 and the extent to which it can put “limits” on it under s. 1.

(a) *The Principles of Fundamental Justice*

Does section 251 deprive women of their right to liberty and to security of the person “in accordance with the principles of fundamental justice”? I agree with Lamer J. who stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513, that the principles of fundamental justice “cannot be given any exhaustive content or simple enumerative definition, but will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7”. In the same judgment Lamer J. also stated at p. 503:

In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of “principles of fundamental justice” is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the

contrôle pas. Elle subit une décision prise par d'autres sur l'éventuelle utilisation de son corps pour alimenter une nouvelle vie. Que peut-il y avoir de moins compatible avec la dignité humaine et le respect de soi? Comment une femme dans cette situation peut-elle entretenir un quelconque sentiment de sécurité à l'égard de sa personne? Je crois que l'art. 251 du *Code criminel* prive la femme enceinte à la fois de son droit à la sécurité de sa personne et de son droit à la liberté.

2. La portée du droit garanti par l'art. 7

J'examine maintenant le degré d'autonomie personnelle dont jouit la femme enceinte en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, lorsqu'elle a à prendre la décision de se faire avorter ou non ou, pour situer la question dans son cadre législatif, jusqu'à quel point le législateur peut refuser à la femme enceinte de se faire avorter sans violer le droit que lui garantit l'art. 7. Ceci amène à examiner dans quelle mesure le législateur peut y «porter atteinte», dans son cas, en vertu du second volet de l'art. 7 et dans quelle mesure il peut le restreindre par des «limites» en vertu de l'article premier.

a) *Les principes de justice fondamentale*

L'article 251 prive-t-il les femmes de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne «en conformité avec les principes de justice fondamentale»? Je partage l'opinion du juge Lamer lorsqu'il dit, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513, en parlant des principes de justice fondamentale, «on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7.» Dans le même arrêt, le juge Lamer dit aussi, à la p. 503:

En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature

s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters.

While Lamer J. draws mainly upon ss. 8 to 14 of the *Charter* to give substantive content to the principles of fundamental justice, he does not preclude, but seems rather to encourage, the idea that recourse may be had to other rights guaranteed by the *Charter* for the same purpose. The question, therefore, is whether the deprivation of the s. 7 right is in accordance not only with procedural fairness (and I agree with the Chief Justice and Beetz J. for the reasons they give that it is not) but also with the fundamental rights and freedoms laid down elsewhere in the *Charter*.

This approach to s. 7 is supported by comments made by La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. He urged that the rights enshrined in the *Charter* should not be read in isolation. Rather, he states at p. 326:

... the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

I believe, therefore, that a deprivation of the s. 7 right which has the effect of infringing a right guaranteed elsewhere in the *Charter* cannot be in accordance with the principles of fundamental justice.

In my view, the deprivation of the s. 7 right with which we are concerned in this case offends s. 2(a) of the *Charter*. I say this because I believe that the decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision, a matter of con-

et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance aux droits garantis par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale.

^a Quoique le juge Lamer puise surtout dans les art. 8 à 14 de la *Charte* pour donner une substance aux principes de justice fondamentale, il n'écarte pas l'idée, qu'il semble au contraire encourager, qu'on puisse recourir aux autres droits garantis par la *Charte* dans le même but. Il faut donc se demander si l'atteinte au droit garanti par l'art. 7 respecte non seulement l'équité en matière de procédure (et je suis d'accord avec les motifs que le Juge en chef et le juge Beetz donnent pour exposer que tel n'est pas le cas), mais aussi les droits et libertés fondamentaux énoncés ailleurs dans la *Charte*.

Les commentaires du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, vont dans le sens de cette conception de l'art. 7. Il invite à ne pas interpréter les droits enchâssés dans la *Charte* isolément. Au contraire, dit-il, à la p. 326:

... la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

Je crois donc qu'une atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit garanti par ailleurs la *Charte* ne saurait être conforme aux principes de justice fondamentale.

À mon avis, l'atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui nous intéresse en l'espèce enfreint l'al. 2a) de la *Charte*. Si je dis ceci, c'est que je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question

science. I do not think there is or can be any dispute about that. The question is: whose conscience? Is the conscience of the woman to be paramount or the conscience of the state? I believe, for the reasons I gave in discussing the right to liberty, that in a free and democratic society it must be the conscience of the individual. Indeed, s. 2(a) makes it clear that this freedom belongs to "everyone", i.e., to each of us individually. I quote the section for convenience:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson C.J. made some very insightful comments about the nature of the right enshrined in s. 2(a) of the *Charter* at pp. 345-47:

Beginning, however, with the Independent faction within the Parliamentary party during the Commonwealth or Interregnum, many, even among those who shared the basic beliefs of the ascendent religion, came to voice opposition to the use of the State's coercive power to secure obedience to religious precepts and to extirpate non-conforming beliefs. The basis of this opposition was no longer simply a conviction that the State was enforcing the wrong set of beliefs and practices but rather the perception that belief itself was not amenable to compulsion. Attempts to compel belief or practice denied the reality of individual conscience and dishonoured the God that had planted it in His creatures. It is from these antecedents that the concepts of freedom of religion and freedom of conscience became associated, to form, as they do in s. 2(a) of our *Charter*, the single integrated concept of "freedom of conscience and religion".

What unites enunciated freedoms in the American First Amendment, in s. 2(a) of the *Charter* and in the provisions of other human rights documents in which they are associated is the notion of the centrality of individual conscience and the inappropriateness of governmental intervention to compel or to constrain its manifestation. In *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, the purpose of the *Charter* was identified, at p. 155, as "the unremitting protection of individual rights and liberties". It is easy to see the relationship between respect

de conscience. Je ne pense pas qu'on le conteste ni puisse le contester. La question qui se pose est donc: quelle conscience? La conscience de la femme doit-elle prévaloir sur la conscience de l'État? Je crois, pour les raisons que j'ai données dans mon analyse du droit à la liberté, que dans une société libre et démocratique ce doit être la conscience de l'individu. D'ailleurs l'al. 2a) dit clairement que cette liberté c'est celle de "chacun", c.-à-d. de chacun de nous pris individuellement. Je cite l'alinéa pour plus de commodité:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson fait preuve d'une grande perspicacité dans ses commentaires sur la nature du droit enchâssé à l'al. 2a) de la *Charte*, aux pp. 345 à 347:

Toutefois, suivant le mouvement amorcé à l'époque du Commonwealth ou de l'Interregne par la faction dite «indépendante» au sein du parti parlementaire, bien des gens, même parmi les adeptes des croyances fondamentales de la religion dominante, ont fini par s'opposer à ce que le pouvoir coercitif de l'État soit utilisé pour assurer l'obéissance à des préceptes religieux et pour extirper les croyances non conformistes. Il s'agissait, à ce moment-là, non plus d'une opposition fondée simplement sur la conviction que l'État imposait l'observance des mauvaises croyances et pratiques, mais d'une opposition fondée sur le sentiment que la croyance elle-même n'était pas quelque chose qui pouvait être imposé. Toute tentative d'imposer l'observance de croyances et de pratiques constituait un déni de la réalité de la conscience individuelle et déshonorait le Dieu qui en avait doté Ses créatures. Voilà donc comment les concepts de la liberté de religion et de la liberté de conscience se sont rattachés pour former, comme c'est le cas à l'al. 2a) de notre *Charte*, une seule et unique notion qui est la «liberté de conscience et de religion».

Les libertés énoncées dans le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, à l'al. 2a) de la *Charte* et dans les dispositions d'autres documents relatifs aux droits de la personne ont en commun la prééminence de la conscience individuelle et l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant à forcer ou à empêcher sa manifestation. L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* précité, précise à la p. 155, que la *Charte* a pour objet «la protection constante des droits et libertés individuels». On voit facilement le rapport entre le respect de

for individual conscience and the valuation of human dignity that motivates such unremitting protection.

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. Religious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations and are therefore protected by the *Charter*. Equally protected, and for the same reasons, are expressions and manifestations of religious non-belief and refusals to participate in religious practice. It may perhaps be that freedom of conscience and religion extends beyond these principles to prohibit other sorts of governmental involvement in matters having to do with religion. For the present case it is sufficient in my opinion to say that whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose. I leave to another case the degree, if any, to which the government may, to achieve a vital interest or objective, engage in coercive action which s. 2(a) might otherwise prohibit. [Emphasis added.]

The Chief Justice sees religious belief and practice as the paradigmatic example of conscientiously-held beliefs and manifestations and as such

la conscience individuelle et la valorisation de la dignité humaine qui motive cette protection constante.

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. Il se peut que la liberté de conscience et de religion outrepassé ces principes et qu'elle ait pour effet d'interdire d'autres sortes d'ingérences gouvernementales dans les affaires religieuses. Aux fins de la présente espèce, il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci: le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. Je ne me prononce pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure, s'il y a lieu, le gouvernement peut, en vue de réaliser un intérêt ou un objectif essentiel, exercer une coercition qui pourrait par ailleurs être interdite par l'al. 2a). [Je souligne.]

Le Juge en chef voit dans la foi et la pratique religieuses l'archétype de croyances et de manifestations dictées par la conscience et, de ce fait,

protected by the *Charter*. But I do not think he is saying that a personal morality which is not founded in religion is outside the protection of s. 2(a). Certainly, it would be my view that conscientious beliefs which are not religiously motivated are equally protected by freedom of conscience in s. 2(a). In so saying I am not unmindful of the fact that the *Charter* opens with an affirmation that "Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God . . ." But I am also mindful that the values entrenched in the *Charter* are those which characterize a free and democratic society.

As is pointed out by Professor Cyril E. M. Joad, then Head of the Department of Philosophy and Psychology at Birkbeck College, University of London, in *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), the role of the state in a democracy is to establish the background conditions under which individual citizens may pursue the ethical values which in their view underlie the good life. He states at p. 801:

For the welfare of the state is nothing apart from the good of the citizens who compose it. It is no doubt true that a State whose citizens are compelled to go right is more efficient than one whose citizens are free to go wrong. But what then? To sacrifice freedom in the interests of efficiency, is to sacrifice what confers upon human beings their humanity. It is no doubt easy to govern a flock of sheep; but there is no credit in the governing, and, if the sheep were born as men, no virtue in the sheep.

Professor Joad further emphasizes at p. 803 that individuals in a democratic society can never be treated "merely as means to ends beyond themselves" because:

To the right of the individual to be treated as an end, which entails his right to the full development and expression of his personality, all other rights and claims must, the democrat holds, be subordinated. I do not know how this principle is to be defended any more than I can frame a defence for the principles of democracy and liberty.

Professor Joad stresses that the essence of a democracy is its recognition of the fact that the state is made for man and not man for the state (p. 805). He firmly rejects the notion that science

protégées par la *Charte*. Mais je ne pense pas qu'il dise qu'une morale personnelle qui n'est pas fondée sur la religion se trouve en dehors de la sphère de protection de l'al. 2a). Certainement, je serais d'avis que ce que l'on croit en conscience, sans motivation religieuse, est également protégé par la liberté de conscience garantie à l'al. 2a). En disant cela, je n'oublie pas que la *Charte* s'ouvre par l'affirmation que «le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu . . . » Mais je n'oublie pas non plus que les valeurs que consacre la *Charte* sont celles qui caractérisent une société libre et démocratique.

Comme l'a fait observer Cyril E. M. Joad, à l'époque chef du département de philosophie et de psychologie au Birkbeck College de l'Université de Londres, dans *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), le rôle de l'État dans une démocratie consiste à créer les conditions de base qui permettent aux citoyens, pris individuellement, de chercher les valeurs éthiques qui à leurs yeux sous-tendent une vie de bien. Il dit, à la p. 801:

[TRADUCTION] Car le bien de l'État n'est rien sans le bien des citoyens qui le composent. Il est sans doute vrai qu'un État dont les citoyens sont forcés de suivre le droit chemin est plus efficace que celui où les citoyens sont libres de s'en écarter. Et alors? Sacrifier la liberté dans l'intérêt de l'efficacité, c'est sacrifier ce qui donne aux êtres humains leur humanité. Sans doute est-il facile de régenter un troupeau de moutons; mais il n'y a alors aucune gloire à gouverner et, si les moutons sont nés hommes, guère de vertu chez les moutons.

Le professeur Joad souligne encore, à la p. 803, que les individus dans une société démocratique ne peuvent jamais être traités [TRADUCTION] «comme un simple moyen pour des fins qui les dépassent», car:

[TRADUCTION] Au droit de l'individu d'être traité comme une fin, qui comporte son droit au plein développement et à la pleine expression de sa personnalité, tous les autres droits et prétentions doivent, prétend le démocrate, être subordonnés. Je ne sais comment défendre ce principe, tout comme je ne saurais concevoir une défense des principes démocratiques et de la liberté.

Le professeur Joad souligne que l'essence d'une démocratie est sa reconnaissance du fait que l'État est fait pour l'homme et non l'homme pour l'État (à la p. 805). Il rejette fermement la notion que la

provides a basis for subordinating the individual to the state. He says at pp. 805-6:

Human beings, it is said, are important only in so far as they fit into a biological scheme or assist in the furtherance of the evolutionary process. Thus each generation of women must accept as its sole function the production of children who will constitute the next generation who, in their turn, will devote their lives and sacrifice their inclinations to the task of producing a further generation, and so on *ad infinitum*. This is the doctrine of eternal sacrifice — “jam yesterday, jam tomorrow, but never jam today”. For, it may be asked, to what end should generations be produced, unless the individuals who compose them are valued in and for themselves, are, in fact, ends in themselves? There is no escape from the doctrine of the perpetual recurrence of generations who have value only in so far as they produce more generations, the perpetual subordination of citizens who have value only in so far as they promote the interests of the State to which they are subordinated, except in the individualist doctrine, which is also the Christian doctrine, that the individual is an end in himself.

It seems to me, therefore, that in a free and democratic society “freedom of conscience and religion” should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality. Indeed, as a matter of statutory interpretation, “conscience” and “religion” should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. Accordingly, for the state to take sides on the issue of abortion, as it does in the impugned legislation by making it a criminal offence for the pregnant woman to exercise one of her options, is not only to endorse but also to enforce, on pain of a further loss of liberty through actual imprisonment, one conscientiously-held view at the expense of another. It is to deny freedom of conscience to some, to treat them as means to an end, to deprive them, as Professor MacCormick puts it, of their “essential humanity”. Can this comport with fundamental justice? Was Blackmun J. not correct when he said in *Thornburgh, supra*, at p. 2185:

A woman’s right to make that choice freely is fundamental. Any other result . . . would protect inadequately

science fournit un fondement pour subordonner l’individu à l’État. Il dit, aux pp. 805 et 806:

[TRADUCTION] Les êtres humains, dit-on, ne sont importants que dans la mesure où ils s’insèrent dans une structure biologique ou contribuent au processus évolutif. Ainsi chaque génération de femmes doit accepter comme unique fonction de produire les enfants qui formeront la génération suivante et qui, à leur tour, consacreront leur vie et sacrifieront leurs inclinations à la tâche de produire une autre génération, et ainsi de suite, *ad infinitum*. C’est là la doctrine de l’éternel sacrifice. «Confiture demain et confiture hier, mais jamais confiture aujourd’hui». Car, pourrait-on demander, pour quelle fin ces générations sont-elles produites, à moins que les individus qui les composent ne soient valorisés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, et deviennent, en fait, des fins en eux-mêmes? On ne peut échapper à la doctrine du cycle perpétuel des générations n’ayant de valeur que dans la mesure où elles produisent d’autres générations, à la subordination perpétuelle des citoyens, qui n’auraient de valeur que dans la mesure où ils favorisent les intérêts de l’État auquel ils sont subordonnés, si ce n’est dans la doctrine individualiste, qui est aussi la doctrine chrétienne, que l’individu est une fin en lui-même.

Il me semble donc que, dans une société libre et démocratique, la “liberté de conscience et de religion” devrait être interprétée largement et s’étendre aux croyances dictées par la conscience, qu’elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D’ailleurs, sur le plan de l’interprétation législative, les termes “conscience” et “religion” ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. Par conséquent, lorsque l’État prend parti sur la question de l’avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l’exercice par la femme enceinte d’une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d’une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d’une autre. C’est nier la liberté de conscience à certains, les traiter comme un moyen pour une fin, les priver, selon le mot du professeur MacCormick, de “l’essence de leur humanité”. Est-ce compatible avec la justice fondamentale? Le juge Blackmun n’a-t-il pas raison quand il dit dans l’arrêt *Thornburgh*, précité, à la p. 2185:

[TRADUCTION] Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion [. . .]

a central part of the sphere of liberty that our law guarantees equally to all.

Legislation which violates freedom of conscience in this manner cannot, in my view, be in accordance with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7.

(b) *Section 1 of the Charter*

The majority of this Court held in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, that a deprivation of the s. 7 right in violation of the principles of fundamental justice in the substantive sense could nevertheless constitute a reasonable limit under s. 1 and be justified in a free and democratic society. It is necessary therefore to consider whether s. 251 of the *Criminal Code* can be saved under s. 1. The section provides:

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.

This section received judicial scrutiny by this Court in *R. v. Oakes, supra*. Dickson C.J., speaking for the majority, set out two criteria which must be met if the limit is to be found reasonable: (1) the objective which the legislation is designed to achieve must relate to concerns which are pressing and substantial; and (2) the means chosen must be proportional to the objective sought to be achieved. The Chief Justice identified three important components of proportionality at p. 139:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in the first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

a Une loi qui viole la liberté de conscience de cette manière ne saurait, à mon avis, être conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

b) *L'article premier de la Charte*

c Cette Cour, à la majorité, a jugé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, qu'une atteinte au droit garanti par l'art. 7, en violation des principes de justice fondamentale sur le plan du fond, pouvait néanmoins constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier et être justifiée dans une société libre et démocratique. Il est donc nécessaire de rechercher si l'art. 251 du *Code criminel* peut être sauvegardé en vertu de l'article premier. Cet article porte:

d 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.

f La Cour a étudié cet article dans son arrêt *R. c. Oakes*, précité. Le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, y énonce deux critères qui doivent être respectés pour que la limite soit jugée raisonnable: 1) l'objectif pour lequel la loi a été conçue doit être lié à des préoccupations urgentes et réelles; 2) les moyens choisis doivent être proportionnels à l'objectif recherché. Le Juge en chef discerne trois composantes importantes de la proportionnalité, à la p. 139:

h Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Does section 251 meet this test?

In my view, the primary objective of the impugned legislation must be seen as the protection of the foetus. It undoubtedly has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of pregnant women, but I believe that the main objective advanced to justify a restriction on the pregnant woman's s. 7 right is the protection of the foetus. I think this is a perfectly valid legislative objective.

Miss Wein submitted on behalf of the Crown that the Court of Appeal was correct in concluding at p. 378 that "the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate". I agree. I think s. 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put upon the woman's right having regard to the fact of the developing foetus within her body. The question is: at what point in the pregnancy does the protection of the foetus become such a pressing and substantial concern as to outweigh the fundamental right of the woman to decide whether or not to carry the foetus to term? At what point does the state's interest in the protection of the foetus become "compelling" and justify state intervention in what is otherwise a matter of purely personal and private concern?

In *Roe v. Wade, supra*, the United States Supreme Court held that the state's interest became compelling when the foetus became viable, i.e., when it could exist outside the body of the mother. As Miss Wein pointed out, no particular justification was advanced by the Court for the selection of viability as the relevant criterion. The Court expressly avoided the question as to when human life begins. Blackmun J. stated at p. 159:

We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer.

L'article 251 répond-il à ce critère?

À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du fœtus. Elle a sans doute d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte, mais je crois que l'objectif principal invoqué pour justifier la restriction du droit de la femme enceinte garanti par l'art. 7 est la protection du fœtus. J'estime que c'est là un objectif législatif parfaitement valide.

M^e Wein a soutenu au nom du ministère public que la Cour d'appel pouvait, à bon droit, conclure que [TRADUCTION] «la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié» (à la p. 378). J'en conviens. Je pense que l'article premier de la *Charte* permet de fixer des limites raisonnables au droit de la femme compte tenu du fœtus qui se développe dans son corps. Il faut donc se demander à quel stade de la grossesse, la protection du fœtus devient-elle urgente et revêt-elle une importance réelle telle qu'elle prévaut sur le droit fondamental de la femme de décider de le mener ou non à terme? À quel stade l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus devient-il «supérieur» et justifie-t-il son intervention dans ce qui, autrement, ne serait qu'une question purement personnelle et privée?

Dans l'arrêt *Roe v. Wade*, précité, la Cour suprême des États-Unis a jugé que l'intérêt de l'État doit prévaloir lorsque le fœtus devient viable, c'est-à-dire lorsqu'il peut vivre à l'extérieur du corps de la mère. Comme M^e Wein l'a fait observer, la Cour n'a proposé aucune justification particulière pour le choix du critère de la viabilité. La Cour a expressément évité la question du moment où la vie humaine commence. Le juge Blackmun dit, à la p. 159:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas à résoudre la difficile question du moment où commence la vie. Lorsque les spécialistes de ces disciplines respectives que sont la médecine, la philosophie et la théologie sont incapables d'arriver à un consensus, le pouvoir judiciaire, à ce point du développement des connaissances humaines, n'est pas en mesure de conjecturer une réponse.

He referred, therefore, to the developing foetus as “potential life” and to the state’s interest as “the protection of potential life”.

Miss Wein submitted that it was likewise not necessary for the Court in this case to decide when human life begins although she acknowledged that the value to be placed on “potential life” was significant in assessing the importance of the legislative objective sought to be achieved by s. 251. It would be my view, and I think it is consistent with the position taken by the United States Supreme Court in *Roe v. Wade*, that the value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation. The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place in between these two extremes and, in my opinion, this progression has a direct bearing on the value of the foetus as potential life. It is a fact of human experience that a miscarriage or spontaneous abortion of the foetus at six months is attended by far greater sorrow and sense of loss than a miscarriage or spontaneous abortion at six days or even six weeks. This is not, of course, to deny that the foetus is potential life from the moment of conception. Indeed, I agree with the observation of O’Connor J., dissenting in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, *supra*, at p. 461, (referred to by my colleague Beetz J. in his reasons, at p. 113) that the foetus is potential life from the moment of conception. It is simply to say that in balancing the state’s interest in the protection of the foetus as potential life under s. 1 of the *Charter* against the right of the pregnant woman under s. 7 greater weight should be given to the state’s interest in the later stages of pregnancy than in the earlier. The foetus should accordingly, for purposes of s. 1, be viewed in differential and developmental terms: see L. W. Sumner, Professor of Philosophy at the University of Toronto, *Abortion and Moral Theory* (1981), pp. 125-28.

Il qualifie donc le fœtus en développement de [TRADUCTION] «vie potentielle» et l’intérêt de l’État comme étant [TRADUCTION] «la protection d’une vie potentielle».

a

M^e Wein a fait valoir qu’il n’était de même pas nécessaire qu’en l’espèce la Cour décide du moment où commence la vie quoiqu’elle ait reconnu que la valeur attribuée à une “vie potentielle” devait être prise en compte dans l’évaluation de l’importance de l’objectif législatif recherché par l’art. 251. Je serais d’avis, et je pense que ce point de vue est compatible avec la position prise par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Roe v. Wade*, que la valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d’un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et, à mon avis, cette progression influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. Il ressort en fait de l’expérience humaine qu’une fausse-couche ou un avortement spontané du fœtus à six mois cause un chagrin et une épreuve beaucoup plus grands qu’une fausse-couche ou un avortement spontané à six jours ou même à six semaines. Ceci ne revient évidemment pas à nier que le fœtus soit une vie potentielle dès le moment de la conception. De fait, je suis d’accord avec le commentaire du juge O’Connor, dissidente, dans l’affaire *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, précitée, à la p. 461 (citée par le juge Beetz dans ses motifs, à la p. 113) que le fœtus est une vie potentielle dès le moment de la conception. Cela revient simplement à dire qu’en soupesant l’intérêt qu’a l’État à protéger le fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l’article premier de la *Charte* et le droit de la femme enceinte en vertu de l’art. 7, un plus grand poids devrait être donné à l’intérêt de l’État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers. On devrait donc considérer le fœtus, aux fins de l’article premier, en termes de développement et de phases: voir L. W. Sumner, professeur de philosophie à l’Université de Toronto, *Abortion and Moral Theory* (1981), aux pp. 125 à 128.

As Professor Sumner points out, both traditional approaches to abortion, the so-called “liberal” and “conservative” approaches, fail to take account of the essentially developmental nature of the gestation process. A developmental view of the foetus, on the other hand, supports a permissive approach to abortion in the early stages of pregnancy and a restrictive approach in the later stages. In the early stages the woman’s autonomy would be absolute; her decision, reached in consultation with her physician, not to carry the foetus to term would be conclusive. The state would have no business inquiring into her reasons. Her reasons for having an abortion would, however, be the proper subject of inquiry at the later stages of her pregnancy when the state’s compelling interest in the protection of the foetus would justify it in prescribing conditions. The precise point in the development of the foetus at which the state’s interest in its protection becomes “compelling” I leave to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive guidance on the subject from all the relevant disciplines. It seems to me, however, that it might fall somewhere in the second trimester. Indeed, according to Professor Sumner (p. 159), a differential abortion policy with a time limit in the second trimester is already in operation in the United States, Great Britain, France, Italy, Sweden, the Soviet Union, China, India, Japan and most of the countries of Eastern Europe although the time limits vary in these countries from the beginning to the end of the second trimester (cf. Stephen L. Isaacs, “Reproductive Rights 1983: An International Survey” (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311, with respect to France and Italy).

Section 251 of the *Criminal Code* takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy. It is a complete denial of the woman’s constitutionally protected right under s. 7, not merely a limitation on it. It cannot, in my opinion, meet the proportionality test in *Oakes*. It is not sufficiently tailored to the legislative objective and does not impair the woman’s right “as little as possible”. It cannot be saved under s. 1. Accordingly, even if the section were to be amended to

Comme le fait observer le professeur Sumner, les deux approches traditionnelles de l’avortement, les approches dites “libérale” et “conservatrice”, ne tiennent pas compte de la nature essentiellement évolutive de la grossesse. Une conception du fœtus fondée sur le stade de développement, d’autre part, appuie une approche permissive de l’avortement dans les premiers stades de la grossesse et une approche restrictive dans les derniers stades. Dans les premiers stades, l’autonomie de la femme serait absolue; sa décision, prise en consultation avec son médecin, de ne pas mener le fœtus à terme serait décisive. L’État n’aurait pas à connaître ses raisons. Ses raisons d’avoir un avortement pourraient toutefois, à bon droit, faire l’objet d’une investigation dans les derniers stades de sa grossesse, alors que l’intérêt supérieur qu’a l’État de protéger le fœtus justifierait l’imposition de conditions. Quant au point précis du développement du fœtus où l’intérêt qu’a l’État de le protéger devient “supérieur”, je laisse le soin de le fixer au jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l’ensemble des disciplines pertinentes. Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre. D’ailleurs, d’après le professeur Sumner (à la p. 159), une politique d’avortement en fonction de phases, avec une limite placée au cours du second trimestre, est déjà en vigueur aux États-Unis, en Grande-Bretagne, en France, en Italie, en Suède, en Union soviétique, en Chine, en Inde, au Japon et dans la plupart des pays de l’Europe de l’Est, le délai variant, selon les pays, du début à la fin du second trimestre (cf. Stephen L. Isaacs, “Reproductive Rights 1983: An International Survey” (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311, en ce qui concerne la France et l’Italie).

L’article 251 du *Code criminel* enlève cette décision à la femme à tous les stades de la grossesse. C’est une dénégation complète du droit constitutionnellement garanti à la femme par l’art. 7, non une simple limitation de celui-ci. L’article ne saurait, à mon avis, répondre au critère de proportionnalité de l’arrêt *Oakes*. Il n’est pas suffisamment adapté à l’objectif législatif et ne porte pas atteinte au droit de la femme «le moins possible». Il ne saurait être sauvegardé en vertu de l’article pre-

remedy the purely procedural defects in the legislative scheme referred to by the Chief Justice and Beetz J. it would, in my opinion, still not be constitutionally valid.

One final word. I wish to emphasize that in these reasons I have dealt with the existence of the developing foetus merely as a factor to be considered in assessing the importance of the legislative objective under s. 1 of the *Charter*. I have not dealt with the entirely separate question whether a foetus is covered by the word "everyone" in s. 7 so as to have an independent right to life under that section. The Crown did not argue it and it is not necessary to decide it in order to dispose of the issues on this appeal.

3. Disposition

I would allow the appeal. I would strike down s. 251 of the *Criminal Code* as having no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. I would answer the first constitutional question in the affirmative as regards s. 7 of the *Charter* and the second constitutional question in the negative. I would answer questions 3, 4 and 5 in the negative and question 6 in the manner proposed by Beetz J. It is not necessary to answer question 7.

I endorse the Chief Justice's critical comments on Mr. Manning's concluding remarks to the jury.

Appeal allowed, MCINTYRE and LA FOREST JJ. dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 only and the second in the negative as regards s. 7 only. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the Criminal Code and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

mier. Par conséquent, même si l'article devait être modifié pour remédier aux vices de procédure de la structure législative dont ont parlé le Juge en chef et le juge Beetz, il demeurerait, à mon avis, ^a inconstitutionnel.

Un dernier mot. Je désire souligner que dans ces motifs je n'ai traité du foetus en développement que dans la mesure où il s'agissait d'un facteur dont il fallait tenir compte pour évaluer l'importance de l'objectif législatif, au regard de l'article premier de la *Charte*. Je n'ai pas traité de la question entièrement distincte de savoir si le terme «chacun», à l'art. 7, vise aussi le foetus, lui conférant un droit indépendant à la vie en vertu de l'article. Le ministère public n'en a pas débattu et il n'est pas nécessaire de la trancher pour statuer sur les questions en litige en l'espèce.

^d 3. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'art. 251 du *Code criminel* parce qu'inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis également d'avis de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, et à la seconde question constitutionnelle par la négative. Je réponds aux troisième, quatrième et cinquième questions par la négative et à la sixième question de la manière proposée par le juge Beetz. Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

^g J'adopte les critiques du Juge en chef à l'égard des observations finales adressées par M^c Manning au jury.

^h *Pourvoi accueilli, les juges MCINTYRE et LA FOREST étant dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 uniquement et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7 uniquement. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du Code criminel et aucune réponse en ce qui concerne le par. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.*

*Solicitor for the appellants: Morris Manning,
Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener: Frank Iacobucci,
Ottawa.*

*Procureur des appelants: Morris Manning,
Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Procureur général de
l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant: Frank Iacobucci,
Ottawa.*



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1988 Vol. 1

2^e cahier, 1988 Vol. 1

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, L.L.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1988.

CONTENTS

Côte Saint-Luc (Town of) v. Stern 215

Municipal law — Business tax — Entry of an immovable on the roll of rental value — Complaint — Jurisdiction of the Board of Revision of the Real Estate Assessment of Quebec.

LeBlanc v. LeBlanc 217

Family law — Matrimonial property — Division — Acquisition and preservation of marital property resulting almost exclusively from wife's efforts — No significant contribution by husband to child care, household management and financial provision — Proper exercise of trial judge's discretion to depart from the general principle of equal division of marital property — Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1, ss. 2, 7.

R. v. Antoine 212

Criminal law — Procedure — Guilty plea — No valid grounds to permit accused to change his plea.

R. v. Bédard 233

Criminal law — Defence — Self-defence — Trial judge's directions to the jury — Whether the Court of Appeal erred in law — Appeal as of right.

R. v. Cronin 213

Criminal law — Stay of prosecution — Whether Crown's handling of a private prosecution justified a stay of prosecution of the accused.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiŕste en chef
ANNE ROLAND, L.L.L.

Arrêtiŕstes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1988.

SOMMAIRE

Côte Saint-Luc (Cité de) c. Stern 215

Droit municipal — Taxe d'affaires — Inscription d'un immeuble au rôle de la valeur locative — Plainte — Compétence du Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec.

LeBlanc c. LeBlanc 217

Droit de la famille — Biens matrimoniaux — Répartition — Acquisition et préservation des biens matrimoniaux dues presque exclusivement au travail de la femme — Aucune contribution significative du mari aux soins des enfants, à la gestion domestique ni en matière d'apport financier — Exercice bien fondé du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de s'écarter du principe général de la répartition égale des biens matrimoniaux — Loi sur les biens matrimoniaux, L.N.-B. 1980, chap. M-1.1, art. 2, 7.

R. c. Antoine 212

Droit criminel — Procédure — Plaidoyer de culpabilité — Aucune raison valable de permettre à l'accusé de changer son plaidoyer.

R. c. Bédard 233

Droit criminel — Défense — Légitime défense — Directives du juge au jury — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit? — Pourvoi de plein droit.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Godin	226
Criminal law — Discharge of firearm to prevent arrest — Gun-fire exchanged between accused and Forest Service officers — Rights and powers of Forest Service officers uncertain at the time of the incident five years ago — Interests of justice best served by restoring the acquittals.	
R. v. Graham	214
Criminal law — Directed verdict — Appeal as of right — No error in the disposition of the case by the Court of Appeal.	
R. v. Green	228
Criminal law — Sexual assault — Similar fact evidence — Respondent charged with sexual assault on a minor — Evidence coming from children other than complainant — Whether such evidence admissible.	
R. v. Horse	187
Indians — Hunting rights — Right of access to private lands for hunting purposes — Lands in question unposted — Whether or not a right of access derived from The Wildlife Act — Whether or not a right of access derived from custom — Whether or not a right of access derived from Treaty No. 6 — Natural Resources Transfer Agreement, S.S. 1930, c. 87, ss. 2, 12 — The Wildlife Act, S.S. 1979, c. W-13.1, s. 38 — The Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83, c. 20, s. 7 — Treaty No. 6.	
R. v. Lévesque	231
Criminal law — Charge to the jury — Prior inconsistent statements — Whether trial judge's directions to the jury sufficient.	
Appeal — Appeal as of right — Cross-Appeal — Supreme Court Rules, s. 29.	
R. v. Mercure	234
Constitutional law — Continuance of laws — Saskatchewan Act — Language rights — Legislature and courts of Saskatchewan — Whether s. 110 of The North-West Territories Act continued to apply to Saskatchewan by virtue of the Saskatchewan Act — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, ss. 14, 16.	
Constitutional law — Amendment of provincial constitution — Language rights — Legislature and courts of Saskatchewan — Whether rights derived from s. 110 of The North-West Territories Act can be modified unilaterally by Saskatchewan — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, s. 16 — Constitution Act, 1982, s. 45.	
Constitutional law — Language rights — Saskatchewan statutes — Whether s. 110 of The North-West Territories Act requires Saskatchewan Legislature to publish its laws in English and in French — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, ss. 14, 16.	
Constitutional law — Language rights — Saskatchewan courts — Provincial offence — Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Saskatchewan courts — Content of right — The North-West Territories Act,	

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Cronin	213
Droit criminel — Suspension des poursuites — La façon dont le ministère public a mené une poursuite privée justifie-t-elle la suspension des poursuites contre les accusés?	
R. c. Godin	226
Droit criminel — Décharge d'une arme à feu pour empêcher une arrestation — Échange de coup de feu entre les accusés et les gardes forestiers — Droits et pouvoirs des gardes forestiers incertains au moment de l'incident il y a cinq ans — Le rétablissement des acquittements sert mieux les intérêts de la justice.	
R. c. Graham	214
Droit criminel — Verdict imposé — Pourvoi de plein droit — Aucune erreur dans la décision de la Cour d'appel.	
R. c. Green	228
Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve de faits similaires — Intimé accusé d'agression sexuelle contre une mineure — Preuve provenant d'enfants autres que la plaignante — Une telle preuve est-elle admissible?	
R. c. Horse	187
Indiens — Droits de chasse — Droit d'accès aux terres privées pour y chasser — Aucun écriture sur les terres en question — Existe-t-il un droit d'accès découlant de The Wildlife Act? — Existe-t-il un droit d'accès découlant de la coutume? — Existe-t-il un droit d'accès découlant du traité n° 6? — Convention sur le transfert des ressources naturelles, S.S. 1930, chap. 87, art. 2, 12 — The Wildlife Act, S.S. 1979, chap. W-13.1, art. 38 — The Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83, chap. 20, art. 7 — Traité n° 6.	
R. c. Lévesque	231
Droit criminel — Directives au jury — Déclarations antérieures incompatibles — Les directives du juge au jury étaient-elles suffisantes?	
Appel — Pourvoi de plein droit — Pourvoi incident — Règles de la Cour suprême, art. 29.	
R. c. Mercure	234
Droit constitutionnel — Maintien en vigueur des lois — Loi sur la Saskatchewan — Droits linguistiques — Assemblée législative et tribunaux de la Saskatchewan — L'article 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest est-il toujours applicable à la Saskatchewan en vertu de la Loi sur la Saskatchewan? — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 14, 16.	
Droit constitutionnel — Modification de la constitution de la province — Droits linguistiques — Assemblée législative et tribunaux de la Saskatchewan — Les droits qui découlent de l'art. 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest peuvent-ils être modifiés unilatéralement par la Saskatchewan? — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 16 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 45.	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 (am. S.C. 1891, c. 22, s. 18) — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, s. 16.

Criminal law — Provincial offence — Trial — Saskatchewan courts — Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Saskatchewan courts — Content of right — The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 (am. S.C. 1891, c. 22, s. 18) — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, s. 16.

R. v. Miller 230

Criminal law — Legality of arrest — Whether the Court of Appeal erred in holding that the police officers were acting within the scope of their authority when they entered the private dwelling — Appeal as of right.

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Lois de la Saskatchewan — L'article 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest exige-t-il que l'Assemblée législative de la Saskatchewan publie ses lois en français et en anglais? — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 14, 16.

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Tribunaux de la Saskatchewan — Infraction provinciale — L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de la Saskatchewan? — Contenu du droit — Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, chap. 50, art. 110 (mod. S.C. 1891, chap. 22, art. 18) — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 16.

Droit criminel — Infraction provinciale — Procès — Tribunaux de la Saskatchewan — L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de la Saskatchewan? — Contenu du droit — Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, chap. 50, art. 110 (mod. S.C. 1891, chap. 22, art. 18) — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 16.

R. c. Miller 230

Droit criminel — Légalité de l'arrestation — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que les policiers agissaient dans le cadre de leur pouvoir lorsqu'ils ont pénétré dans la maison d'habitation? — Pourvoi de plein droit.

Ernest Horse, Clement Horse, Phillip Horse, Peter Horse, James Standingwater, Kenneth Standingwater, Clarence Fiddler and Percy Alexander Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. V. HORSE

File No.: 19164.

1987: October 19; 1988: January 28.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Indians — Hunting rights — Right of access to private lands for hunting purposes — Lands in question unposted — Whether or not a right of access derived from The Wildlife Act — Whether or not a right of access derived from custom — Whether or not a right of access derived from Treaty No. 6 — Natural Resources Transfer Agreement, S.S. 1930, c. 87, ss. 2, 12 — The Wildlife Act, S.S. 1979, c. W-13.1, s. 38 — The Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83, c. 20, s. 7 — Treaty No. 6.

Appellants were charged with an offence under the Saskatchewan *Wildlife Act*, namely using a spotlight for hunting wildlife. They are all Treaty Indians and were all hunting for food. The land upon which the hunting took place was privately owned. Appellants did not have permission or authority to hunt from the owners or occupants of the lands in question. The lands, which had not been posted with respect to hunting or trespassing, were sown to hay and grain.

Each of the appellants was convicted at Provincial Court. The Court of Queen's Bench, on appeal, set aside the convictions but the Court of Appeal, on appeal by the Crown, restored them.

At issue here is whether or not a right of access to the lands in question for the purpose of hunting arose from *The Wildlife Act*, from Treaty No. 6 or from custom and usage, thereby creating an immunity from prosecution by means of the Saskatchewan Natural Resources Transfer Agreement. Paragraph 12 of the Agreement provided, "that . . . Indians shall have the right . . . of hunting . . . for food at all seasons of the year on all

Ernest Horse, Clement Horse, Phillip Horse, Peter Horse, James Standingwater, Kenneth Standingwater, Clarence Fiddler et Percy Alexander Appellants

a
c.

Sa Majesté La Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. C. HORSE

b N° du greffe: 19164.

1987: 19 octobre; 1988: 28 janvier.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé.

c
EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Indiens — Droits de chasse — Droit d'accès aux terres privées pour y chasser — Aucun écriteau sur les terres en question — Existe-t-il un droit d'accès découlant de The Wildlife Act? — Existe-t-il un droit d'accès découlant de la coutume? — Existe-t-il un droit d'accès découlant du traité n° 6? — Convention sur le transfert des ressources naturelles, S.S. 1930, chap. 87, art. 2, 12 — The Wildlife Act, S.S. 1979, chap. W-13.1, art. 38 — The Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83, chap. 20, art. 7 — Traité n° 6.

Les appelants ont été accusés d'avoir enfreint *The Wildlife Act* de la Saskatchewan en utilisant un projecteur pour la chasse. Ce sont tous des Indiens visés par un traité et ils chassaient tous pour se nourrir. La chasse a eu lieu sur des terres privées. Les appelants n'avaient reçu des propriétaires ou des occupants des terres en question ni la permission ni l'autorisation d'y chasser. Ces terres, sur lesquelles il n'y avait aucun écriteau interdisant de chasser ou de passer, étaient affectées à la culture du foin et de céréales.

Chaque appelant a été déclaré coupable en Cour provinciale. En appel, la Cour du Banc de la Reine a annulé les déclarations de culpabilité qui ont toutefois été rétablies par la Cour d'appel, à la suite d'un appel interjeté par le ministère public.

La question en litige en l'espèce est de savoir si un droit d'accès aux terres en cause pour y chasser découle de *The Wildlife Act*, du traité n° 6 ou encore de la coutume et de l'usage, de manière à ce qu'on puisse bénéficier, en vertu de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de la Saskatchewan, d'une immunité contre toutes poursuites. L'article 12 de la Convention prévoit que «des [...] Indiens auront le droit [...]»

unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access." Reliance was also placed on the *Indian Act and Constitution Act, 1982*, s. 35(1).

Held: The appeal should be dismissed.

Generally, paragraph 12 of the Saskatchewan Natural Resources Transfer Agreement must be given a broad and liberal construction with any ambiguity in the phrase "right of access" being resolved in favour of the Indians.

Section 38 of *The Wildlife Act* does not create a statutory right of access to private lands for the purpose of hunting. Hunters enter private property with no greater rights than other trespassers; they have no right of access except with the owner's permission, and, lacking permission, they are subject to civil action for trespass. *The Wildlife Act* does not create a limited right to hunt within the meaning of *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, and *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282. It is a long jump to move from the concept of "a limited right to hunt" to unlimited hunting by Indians on private land by reason of the right of the owner of the private land in general law to grant or withhold access to anybody for any purpose. The mere capacity in the owner to grant right of access for hunting to friends or licensees or invitees is not a limited right of hunting in the sense that Indians therefore, without consent, can proceed upon the land for the purpose of hunting.

No evidence or material adduced demonstrated the existence of any such right by custom or usage arising in the appellants, assuming, only for the purpose of examining the rights of the appellants, that Indians and/or others may by custom or usage acquire a right of access to lands for hunting. The terms of the treaty are clear and unambiguous: the right to hunt preserved in Treaty No. 6 does not extend to land occupied by private owners. Passages from the negotiations, viewed in the context of the various treaties, made it clear that while the Indians were entitled to continue their mode of life by hunting, the preservation of that right did not include the grant of access to lands privately owned and occupied by settlers. Settlement of these lands was the goal of the government along with the intention of including, where possible, the nomadic Indian population, at least to the extent that some of them would turn to agriculture with government assistance as their principal source of sustenance and survival. The extraneous material which properly should be examined when

de chasser [...] pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès». On a invoqué également la *Loi sur les Indiens* et le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

D'une manière générale, l'article 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de la Saskatchewan doit recevoir une interprétation large et libérale, et toute ambiguïté que peut comporter l'expression «droit d'accès» doit profiter aux Indiens.

L'article 38 de *The Wildlife Act* ne crée pas un droit d'accès aux terres privées pour y chasser. Les chasseurs n'ont pas plus de droits que les citoyens ordinaires à l'égard de ce qui est propriété privée; ils n'ont aucun droit d'accès à une terre sans la permission du propriétaire et, sans cette permission, ils s'exposent à des poursuites pour intrusion sur le fonds d'autrui. *The Wildlife Act* ne crée pas un droit de chasse limité au sens des arrêts *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, et *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282. Il y a tout un saut entre l'idée d'un «droit de chasse limité» et celle de la chasse illimitée par les Indiens sur des terres privées du fait que le droit commun permet au propriétaire d'une terre privée d'accorder ou de refuser l'accès à quiconque pour quelque fin que ce soit. Le simple fait que le propriétaire puisse accorder un droit d'accès à des amis, à des permissionnaires ou à des invités ne constitue pas un droit de chasse limité en ce sens que les Indiens peuvent en conséquence, sans consentement, pénétrer sur les terres en question pour y chasser.

À supposer, pour les seules fins de l'examen des droits des appelants, que les Indiens ou d'autres personnes, ou les deux à la fois, puissent par la coutume ou l'usage acquérir un droit d'accès à des terres pour y chasser, aucune déposition ni aucune pièce présentée en l'espèce n'établit que la coutume ou l'usage confèrent un tel droit aux appelants. Les termes du traité sont clairs et nets: le droit de chasser maintenu par le traité n° 6 ne s'appliquait pas aux terres privées occupées par leur propriétaire. Lorsqu'on examine les passages relatifs aux négociations, en fonction des divers traités, il ressort clairement que, si les Indiens avaient le droit de conserver leur mode de vie en se livrant à la chasse, le maintien de ce droit n'emportait pas l'autorisation de pénétrer sur des terres privées appartenant à des colons et occupées par ceux-ci. L'objectif du gouvernement était de coloniser ces terres, mais il souhaitait en même temps que, dans la mesure du possible, la population indienne nomade y prenne part, du moins en ce sens que certains Indiens, avec l'aide gouvernementale, se tourneraient

ambiguity in the Treaty is encountered, in any case supports and does not contradict the unambiguous terms of the Treaty.

Cases Cited

Applied: *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *McKinney v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 401; **considered:** *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *R. v. Little Bear* (1958), 25 W.W.R. 580 (Alta. Dist. Ct.), aff'd (1958), 26 W.W.R. 335 (Alta. App. Div.); **distinguished:** *R. v. Tobacco*, [1981] 1 W.W.R. 545; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; **referred to:** *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517; *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Prince* (1962), 40 W.W.R. 234; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899); *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1930, 20 & 21 Geo. 5, c. 26 (U.K.) [reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 25].
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.
 Natural Resources Transfer Agreement, S.S. 1930, c. 87 [confirmed by the *Constitution Act, 1930*], ss. 2, 12.
 Treaty No. 6 (1876).
Wildlife Act, S.S. 1979, c. W-13.1, ss. 37, 38(1), (2), (6) [rep. & subs. 1982-83, c. 20, s. 7].
Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83, c. 20, s. 7.

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
Halsbury's Laws of England, vol. 18, 4th ed. London: Butterworths, 1977.
 Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*. Toronto: Belfords, Clarke & Co., 1880.

APPEAL from judgments of the Saskatchewan Court of Appeal (*R. v. Horse* (1984), 34 Sask. R. 58, [1985] 1 W.W.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 555, [1984] 4 C.N.L.R. 99; *R. v. Standingwater* (1984), 34 Sask. R. 64), allowing the Crown's appeals from a judgment of Dielschneider J. (*R. v. Horse* (1984), 31 Sask. R. 222, [1984] 3 W.W.R.

vers l'agriculture comme moyen principal d'assurer leur subsistance et leur survie. En tout état de cause, les documents extrinsèques qui doivent normalement être examinés en cas d'ambiguïté, loin de les contredire, confirment les termes non équivoques du traité.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *McKinney c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 401; **arrêts examinés:** *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *R. v. Little Bear* (1958), 25 W.W.R. 580 (C. dist. Alb.), conf. (1958), 26 W.W.R. 335 (Div. app. Alb.); **distinction d'avec les arrêts:** *R. v. Tobacco*, [1981] 1 W.W.R. 545; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; **arrêts mentionnés:** *Daniels v. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517; *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *R. v. Prince* (1962), 40 W.W.R. 234; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899); *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104.

Lois et règlements cités

Convention sur le transfert des ressources naturelles, S.S. 1930, chap. 87 [confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*], art. 2, 12.
Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. 5, chap. 26 (R.-U.) [reproduite dans R.S.C. 1970, app. II, n° 25].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.
 Traité n° 6 (1876).
Wildlife Act, S.S. 1979, chap. W-13.1, art. 37, 38(1), (2), (6) [abr. & rempl. 1982-83, chap. 20, art. 7].
Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83, chap. 20, art. 7.

Doctrines citées

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
Halsbury's Laws of England, vol. 18, 4th ed. London: Butterworths, 1977.
 Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*. Toronto: Belfords, Clarke & Co., 1880.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel de la Saskatchewan (*R. v. Horse* (1984), 34 Sask. R. 58, [1985] 1 W.W.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 555, [1984] 4 C.N.L.R. 99; *R. v. Standingwater* (1984), 34 Sask. R. 64), qui a accueilli les appels interjetés par le ministère public contre un jugement du juge Dielschneider (*R. v. Horse* (1984),

377, [1984] 2 C.N.L.R. 135), which allowed the appeals of the accused from their convictions for an offence contrary to s. 37 of the Saskatchewan *Wildlife Act* (*R. v. Horse*, [1983] 3 C.N.L.R. 121; *R. v. Standingwater*, [1983] 3 C.N.L.R. 156). Appeal dismissed.

J. Ron Cherkewich and *Charles Seto*, for the appellants.

Kenneth W. MacKay, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—

Facts

Each of the appellants was charged with an offence under s. 37 of the Saskatchewan *Wildlife Act*, S.S. 1979, c. W-13.1, which prohibits the use of a spotlight for the purpose of hunting any wildlife. The facts surrounding the charges are not in dispute and may be briefly stated. Each of the appellants was hunting at night using spotlights in September, October and November 1982. They are all Treaty Indians and were all hunting for food. The land upon which the hunting took place was privately owned. None of the appellants had permission or authority to hunt from the owners or occupants of the lands in question. None of the lands involved displayed any signs at all and in particular none with respect to hunting or trespassing. The lands were farm lands sown to hay and grain. Regarding the appellants James and Kenneth Standingwater, the facts vary only in that the landowner in question was aware that from time to time his property was being used for hunting.

Each of the appellants was convicted at Provincial Court by Seniuk Prov. Ct. J.: [1983] 3 C.N.L.R. 121 and 156. An appeal to the Saskatchewan Queen's Bench was allowed and the convictions were set aside by Dielschneider J.: (1984), 31 Sask. R. 222, [1984] 3 W.W.R. 377, [1984] 2 C.N.L.R. 135. The Crown appealed this judgment and the Saskatchewan Court of Appeal restored the convictions: (1984), 34 Sask. R. 58 and 64,

31 Sask. R. 222, [1984] 3 W.W.R. 377, [1984] 2 C.N.L.R. 135), qui avait accueilli les appels interjetés par les accusés contre leurs déclarations de culpabilité d'une infraction à l'art. 37 de *The Wildlife Act* de la Saskatchewan (*R. v. Horse*, [1983] 3 C.N.L.R. 121; *R. v. Standingwater*, [1983] 3 C.N.L.R. 156). Pourvoi rejeté.

J. Ron Cherkewich et *Charles Seto*, pour les appelants.

Kenneth W. MacKay, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—

Les faits

Les appelants ont été accusés d'avoir commis une infraction à l'art. 37 de *The Wildlife Act* de la Saskatchewan, S.S. 1979, chap. W-13.1, qui interdit l'utilisation de projecteurs pour la chasse. Les faits à l'origine des accusations ne sont pas contestés et peuvent être exposés brièvement. Chacun des appelants a chassé de nuit en se servant de projecteurs en septembre, octobre et novembre 1982. Ce sont tous des Indiens visés par un traité et ils chassaient tous pour se nourrir. La chasse en question a eu lieu sur des terres privées. Aucun d'eux n'avait reçu des propriétaires ni des occupants de ces terres la permission ou l'autorisation d'y chasser. Il n'y avait sur les terres en cause aucun écriteau interdisant, notamment, la chasse ou le passage sur celles-ci. Il s'agissait de terres agricoles affectées à la culture du foin et de céréales. En ce qui concerne les appelants James et Kenneth Standingwater, les faits ne diffèrent qu'en ce sens que le propriétaire foncier en question savait qu'on chassait à l'occasion sur sa propriété.

Chaque appelant a été déclaré coupable en Cour provinciale par le juge Seniuk: [1983] 3 C.N.L.R. 121 et 156. L'appel interjeté devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a été accueilli par le juge Dielschneider qui a annulé les déclarations de culpabilité: (1984), 31 Sask. R. 222, [1984] 3 W.W.R. 377, [1984] 2 C.N.L.R. 135. Le ministère public a alors interjeté appel de cette décision et la Cour d'appel de la Saskatch-

[1985] 1 W.W.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 555, [1984] 4 C.N.L.R. 99.

To succeed the appellants must demonstrate a right in law to hunt on these privately owned lands and to do so notwithstanding the regulation of hunting under the provincial statute.

The right of access to the land in issue for the purpose of hunting is alleged to derive from *The Wildlife Act* itself; or from the provisions of Treaty No. 6; or from custom and usage. If such a right exists in law then the appellants claim immunity from prosecution by means of the provisions of the Natural Resources Transfer Agreement, S.S. 1930, c. 87 (confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. 5, c. 26 (U.K.) (reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 25)), or under the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88. They also rely on s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In my view, the appellants were properly convicted under s. 37 of *The Wildlife Act* and the appeal must be dismissed.

1. *The Natural Resources Transfer Agreement*

In 1929 and 1930 agreements were entered into between each of the provinces of Alberta, Manitoba and Saskatchewan and the Canadian government for the primary purpose of effecting a transfer of control of natural resources and Crown lands from the Dominion government to the prairie provinces. They were confirmed by legislation enacted in each of the provinces, and by the Parliament of Canada. The United Kingdom Parliament, by enacting the *Constitution Act, 1930*, gave these agreements the force of law.

Paragraph 12 of the Saskatchewan Agreement, with which we are here concerned, provides:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries

ewan a rétabli les déclarations de culpabilité: (1984), 34 Sask. R. 58 et 64, [1985] 1 W.W.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 555, [1984] 4 C.N.L.R. 99.

Pour obtenir gain de cause en l'espèce, les appelants doivent démontrer qu'ils jouissent d'un droit de chasser sur les terres privées en question et ce, nonobstant la loi provinciale régissant la chasse.

On allègue que le droit d'accès aux terres en cause pour y chasser découle de *The Wildlife Act* elle-même, des dispositions du traité n° 6 ou encore de la coutume et de l'usage. S'il existe un tel droit, les appelants prétendent bénéficier d'une immunité contre toutes poursuites, en vertu de la Convention sur le transfert des ressources naturelles, S.S. 1930, chap. 87 (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. 5, chap. 26 (R.-U.) (reproduite dans S.R.C. 1970, app. II, n° 25)), ou en vertu de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88. Ils invoquent également le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À mon avis, c'est à bon droit que les appelants ont été reconnus coupables d'une infraction à l'art. 37 de *The Wildlife Act* et le pourvoi doit être rejeté.

1. *Convention sur le transfert des ressources naturelles*

En 1929 et 1930, le gouvernement du Canada et les provinces de l'Alberta, du Manitoba et de la Saskatchewan ont signé des conventions visant principalement à céder aux provinces des prairies les ressources naturelles et les terres de la Couronne qui, jusqu'alors, relevaient du fédéral. Ces conventions ont été confirmées par des lois adoptées dans chacune des provinces intéressées et par le Parlement du Canada. Le Parlement du Royaume-Uni, en adoptant la *Loi constitutionnelle de 1930*, a donné force de loi à ces conventions.

La disposition qui nous intéresse en l'espèce est l'article 12 de la convention de la Saskatchewan, dont voici le texte:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent

thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access. [Emphasis added.]

This appeal concerns the category "other lands" which on the facts here, means privately owned lands.

As this Court noted in *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, the historical context of protection of Indian hunting rights in these agreements had already been discussed by Judson J. in *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517, and in the judgment of McGillivray J.A. in the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta in *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337. It need not be repeated here.

I approach this matter bearing in mind the principles of interpretation articulated by this Court in *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, where the Court dealt with the analogous provision in paragraph 13 of the Manitoba Natural Resources Transfer Agreement. Generally, the paragraph must be given a broad and liberal construction with any ambiguity in the phrase "right of access" being resolved in favour of the Indians. (See pp. 461, 464-65.)

The Court again, in *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, stated with reference to the Manitoba Agreement, paragraph 13, through Dickson J. (as he then was), at p. 97:

Where a right of access to hunt is recognized in respect of any lands, that right is general for Indians and cannot be restricted by provincial legislation imposing seasonal restrictions, bag limits, licensing requirements, or other such considerations: the important criterion is hunting for food. [Emphasis added.]

This brings us to an examination of the basis in law on which the appellants can assert a right of access to these private lands. The appellants claim

aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès. [Je souligne.]

Le présent pourvoi concerne la catégorie des «autres terres» qui, d'après les faits en l'espèce, désigne les terres privées.

Comme cette Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, le contexte historique de la protection des droits de chasse reconnus aux Indiens dans ces conventions a déjà été examiné par le juge Judson dans l'arrêt *Daniels v. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517, et par le juge McGillivray de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre cet examen ici.

J'aborde cette question en ayant à l'esprit les principes d'interprétation formulés par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, où cette dernière a examiné une disposition analogue, savoir l'article 13 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles du Manitoba. D'une manière générale, cet article doit recevoir une interprétation large et libérale, et toute ambiguïté que peut comporter l'expression «droit d'accès» doit profiter aux Indiens. (Voir les pages 461, 464 et 465.)

Dans l'arrêt *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89, le juge Dickson (alors juge puîné), s'exprimant au nom de la Cour, affirme au sujet de l'article 13 de la convention du Manitoba, à la p. 97:

Lorsqu'il existe un droit d'accès pour chasser sur une terre, les Indiens profitent de ce droit général qui ne peut être restreint par des lois provinciales qui imposent des restrictions saisonnières, des limites de prise, des exigences de permis ou pareilles conditions: le critère important est que la chasse soit pour se nourrir. [Je souligne.]

Cela nous amène à nous demander sur quel fondement juridique les appelants peuvent-ils revendiquer un droit d'accès aux terres privées en

to have acquired the prerequisite right of access under paragraph 12 in two ways. First, a right of access to private lands is given in *The Wildlife Act*. Second, a right of access arose by custom and usage. Independent of this paragraph 12 argument, or alternatively, in conjunction therewith, the appellants claim a right of access under the terms of Treaty No. 6. This claim will be examined separately.

(a) Statutory Rights

The appellants claim that s. 38 of *The Wildlife Act* creates a statutory right of access to private lands. They also contend that the Act contemplates that private lands will be used for hunting by reason of the fact that reference is made to an owner giving consent to hunting on his or her land. Section 38 provides in part:

38. (1) Where there are legible signs, of a size specified in the regulations, prominently placed along the boundaries of any land so as to provide reasonable notice bearing the words "No Trespassing", "No Hunting", "No Shooting" or words or symbols to a like effect, no person shall hunt any wildlife within the boundaries of such land except with the consent of the owner or occupant.

(2) Subject to this Act and the regulations, where there are legible signs of the size specified in the regulations prominently placed along the boundaries of any land so as to provide reasonable notice of instructions concerning the method of hunting or the use of vehicles connected with hunting, no person shall hunt any wildlife on such land except in accordance with the posted instructions.

(6) Nothing in this section limits or affects any rights or remedies of an owner or occupier of land for trespass at common law, and, where he has not erected or placed signs along the boundaries of his land in accordance with subsection (1) or (2), that fact alone is not to be deemed to imply consent by him to entry upon his land or to imply a right of access to his land for the purpose of hunting.

cause. Les appelants prétendent avoir acquis de deux manières le droit d'accès préalable exigé par l'article 12. Ils font valoir d'abord qu'un droit d'accès aux terres privées leur est conféré par *The Wildlife Act* et, ensuite, qu'un tel droit résulte de la coutume et de l'usage. Indépendamment de l'argument fondé sur l'article 12 ou, subsidiairement, conjointement avec cet argument, les appelants revendiquent un droit d'accès en vertu du traité n° 6. Cette revendication sera examinée séparément.

a) Droits conférés par la loi

Les appelants affirment que l'art. 38 de *The Wildlife Act* crée un droit d'accès aux terres privées. Ils prétendent en outre que la Loi envisage l'utilisation de terres privées pour la chasse parce qu'on y mentionne l'obtention du consentement du propriétaire si l'on veut chasser sur ses terres. L'article 38 dispose notamment:

[TRADUCTION] 38. (1) Lorsque des écriteaux qui portent en caractères lisibles les inscriptions «Passage interdit», «Défense de chasser», «Défense de tirer» ou des mots ou des symboles analogues, et qui ont les dimensions prescrites par voie de règlement, sont placés en évidence le long des limites d'un bien-fonds, de manière à constituer un avis raisonnable, il est interdit de chasser sur ledit bien-fonds à moins d'obtenir le consentement du propriétaire ou de l'occupant.

(2) Sous réserve des dispositions de la présente loi et de son règlement d'application, lorsque des écriteaux lisibles ayant les dimensions prescrites par voie de règlement sont placés en évidence le long des limites d'un bien-fonds de manière à constituer un avis raisonnable de directives concernant la méthode de chasse ou l'utilisation de véhicules à des fins reliées à la chasse, il est interdit de chasser sur ledit bien-fonds, si ce n'est en conformité avec les directives affichées.

(6) Rien dans le présent article ne limite ni ne touche les droits ou les recours pouvant être exercés en *common law* par le propriétaire ou l'occupant d'un bien-fonds en cas d'intrusion, et lorsque le propriétaire ou l'occupant n'a pas posé ou placé des écriteaux le long des limites du bien-fonds ainsi que l'exigent les par. (1) et (2), il n'est pas de ce seul fait réputé avoir consenti implicitement à ce qu'on pénètre sur son bien-fonds ni avoir accordé implicitement un droit d'accès à son bien-fonds pour y chasser.

These provincial provisions came before the courts in *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81, with reference to similar legislation in the province of Manitoba. The Manitoba legislation prescribed a notice procedure whereby land could be protected from hunting. The notice requirement stemmed from the following provision in the Manitoba legislation:

76. (1) No person shall hunt any bird or any animal mentioned in this Part if it is upon or over any land with regard to which notice has been given under this Part, without having obtained the consent of the owner or lawful occupant thereof.

From this provision the Manitoba Court of Appeal concluded that in the absence of signs posted as prescribed, Indians had a right of access to occupied private land for the purpose of hunting. (See *R. v. Prince* (1962), 40 W.W.R. 234.)

This Court in *Myran v. The Queen*, *supra*, and later in *McKinney v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 401, took occasion to 'reverse' the Manitoba court's conclusion in *Prince*, *supra*, with reference to right of access to private lands. In commenting upon the earlier Manitoba Court of Appeal decision in *Prince*, *supra*, Dickson J. (as he then was) in *Myran*, *supra*, stated (at p. 145):

I would have grave doubt that this can be the law. Section 40 of *The Wildlife Act* [of Manitoba] does not deal with interests in property. It is intended, I would have thought, to create a separate offence under the provincial statute in respect of posted lands and not to confer entry rights in respect of unposted lands With great respect, in my opinion the majority of the Manitoba Court of Appeal in *Prince and Myron v. The Queen* may have erred in their view of the import of s. 76 of *The Game and Fisheries Act*, the antecedent of s. 40, in failing to appreciate the importance of s. 76(4) reading:

76. (4) Nothing in this section limits or affects the remedy at common law of any such owner or occupant for trespass.

Dickson J., in dealing with substantially the same legislation as that now before the Court in this appeal, then concluded (at p. 146):

Des dispositions semblables dans une loi du Manitoba ont été soumises à l'examen des tribunaux dans l'affaire *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81. La loi manitobaine prescrivait une procédure d'avis permettant d'interdire la chasse sur un bien-fonds. L'exigence d'un avis découlait de la disposition suivante de ladite loi:

[TRADUCTION] 76. (1) Il est interdit de chasser un oiseau ou un animal visé par la présente partie sur un bien-fonds faisant l'objet d'un avis donné en conformité avec la présente partie, à moins d'avoir obtenu le consentement du propriétaire ou de l'occupant légitime de ce bien-fonds.

La Cour d'appel du Manitoba a conclu de cette disposition qu'en l'absence d'écriteaux posés de la manière prescrite, les Indiens avaient un droit d'accès aux terres privées occupées pour y chasser. (Voir *R. v. Prince* (1962), 40 W.W.R. 234.)

Dans l'arrêt *Myran c. La Reine*, précité, et par la suite dans l'arrêt *McKinney c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 401, cette Cour en a profité pour «infirmer» la conclusion que le tribunal du Manitoba avait tirée dans l'arrêt *Prince*, précité, au sujet du droit d'accès aux terres privées. Commentant l'arrêt *Prince* rendu antérieurement par la Cour d'appel du Manitoba, le juge Dickson (alors juge puîné) affirme, à la p. 145 de l'arrêt *Myran*, précité:

Je doute sérieusement que la loi soit ainsi. L'article 40 du *Wildlife Act* [du Manitoba] ne traite pas du droit de propriété immobilière. L'objectif en est plutôt, me semble-t-il, d'établir une infraction distincte en vertu de la loi provinciale à l'égard des terres munies d'écriteaux et non pas de conférer un droit d'accès à celles où il n'y en a pas [. . .] Avec grand respect, j'estime que dans *Prince et Myron c. La Reine*, la majorité de la Cour d'appel du Manitoba peut avoir fait erreur dans son opinion sur l'art. 76 du *Game and Fisheries Act*, aujourd'hui l'art. 40, en omettant de reconnaître l'importance du par. (4) qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 76. (4) Rien dans cet article ne limite ni n'atteint le recours en *common law* d'un tel propriétaire ou occupant pour intrusion sur le fonds d'autrui.

En examinant des dispositions législatives qui correspondaient essentiellement à celles présentement en cause, le juge Dickson conclut ensuite, à la p. 146:

... that in Manitoba at the present time hunters enter private property with no greater rights than other trespassers; that they have no right of access except with the owner's permission; and, lacking permission, are subject to civil action for trespass and prosecution . . .

It is noted that the foregoing extracts from the *Myran* judgment, *supra*, were not necessary in resolving the issues arising in that appeal. These comments came before this Court in *McKinney v. The Queen*, *supra*, where Laskin C.J. stated (at p. 401):

We adopt as a correct statement of the law what was said *obiter* by Dickson J. in *Myran, Meeches et al. v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, at p. 145. We agree with the Manitoba Court of Appeal that *R. v. Prince* (1962), 40 W.W.R. 234 was wrongly decided.

The opposite result to that reached in this Court in the combination of *Myran* and *McKinney*, *supra*, was reached by the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Tobacco*, [1981] 1 W.W.R. 545. That case, however, was predicated upon the then Saskatchewan *Wildlife Act* which did not include the above-mentioned provision in the Manitoba *Wildlife Act* dealing with the rights of an owner at common law or by statute for trespass in respect of his land. As can be seen from the excerpts from the present Saskatchewan statute, *supra*, subs. (6) of s. 38 contains a provision preserving the rights of an owner or occupant at common law for trespass and accordingly the *Tobacco* case is of no application here.

Additionally, the appellants seek to establish a statutory right of access by reason of *The Wildlife Act* as the result of judicial decisions in this Court in *R. v. Sutherland*, *supra*, and *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282. In *Sutherland* the right to hunt accorded to the public generally by the province was limited to enumerated animals. The Court concluded that once any hunting was allowed to the general public, Indians under paragraph 13 of the Manitoba Agreement enjoyed unlimited hunting rights. *Moosehunter*, *supra*, was

... que, au Manitoba, les chasseurs n'ont pas plus de droits que les citoyens ordinaires à l'égard de ce qui est propriété privée; ils n'ont aucun droit d'accès à une terre sans la permission du propriétaire et, sans cette permission, ils s'exposent à une poursuite pour intrusion sur le fonds d'autrui . . .

Précisons que la solution des questions soulevées dans ledit pourvoi ne tenait pas aux extraits de l'arrêt *Myran*, précité, reproduits ci-dessus. Ces observations ont été soumises à la Cour dans l'arrêt *McKinney c. La Reine*, précité, où le juge en chef Laskin affirme (à la p. 401):

L'énoncé de droit que nous retenons est l'*obiter* du juge Dickson dans *Myran, Meeches et autres c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, à la p. 145. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel du Manitoba que l'arrêt *R. v. Prince* (1962), 40 W.W.R. 234 est erroné.

La conclusion de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *R. v. Tobacco*, [1981] 1 W.W.R. 545, est diamétralement opposée à ce qu'a décidé cette Cour dans les deux arrêts *Myran* et *McKinney*, précités. L'arrêt *Tobacco* repose cependant sur *The Wildlife Act* de la Saskatchewan qui, à l'époque, ne comprenait pas la disposition susmentionnée que l'on trouve dans *The Wildlife Act* du Manitoba et qui se rapporte aux droits qu'un propriétaire peut exercer en *common law* ou en vertu de la loi écrite en cas d'intrusion sur son bien-fonds. On peut constater, à la lecture des extraits précités de la loi actuellement en vigueur en Saskatchewan, que le par. 38(6) contient une disposition qui préserve les droits pouvant être exercés en *common law* par le propriétaire ou l'occupant d'un bien-fonds en cas d'intrusion; par conséquent, l'arrêt *Tobacco* ne s'applique pas en l'espèce.

Les appelants cherchent en outre à démontrer que, par suite des arrêts de cette Cour *R. c. Sutherland*, précité, et *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, ils jouissent d'un droit d'accès aux termes de *The Wildlife Act*. Dans l'arrêt *Sutherland*, le droit de chasser accordé au grand public par la province ne visait que les animaux énumérés. La Cour a conclu que, du moment qu'il était permis au grand public de chasser, les Indiens jouissaient de droits de chasse illimités en vertu de l'article 13 de la convention du Manitoba. L'arrêt

to the same effect. It should be noted that in those two cases the Court was not dealing with privately owned land but with Crown lands in respect of which the Crown in the right of the province had granted to all persons a limited right to hunt. In *Sutherland, supra*, the Court stated through Dickson J. (as he then was), at p. 459:

It is arguable that where the Crown has validly occupied lands, there is *prima facie* no right of access, as is the case with land occupied by private owners, save and except that right of access the Crown confers on the public and/or Indians, as occupant of the land. In the Management Area the Crown has granted public access to hunt, but *on certain terms*. The Province cannot deny access to Indians while granting it to the public, but the Province can deny access for purposes of hunting which binds Indians and non-Indians alike.

It is a long jump to move from the concept of "a limited right to hunt" to unlimited hunting by Indians on private land by reason of the right of the owner of the private land in general law to grant or withhold access to anybody for any purpose. The mere capacity in the owner to grant right of access for hunting to friends or licensees or invitees is not a limited right of hunting in the sense that Indians therefore, without consent, can proceed upon the land for the purpose of hunting.

The appellants have not, by either submission or approach, succeeded in establishing that *The Wildlife Act* accords to them a statutory right of access for the purpose of hunting on private lands.

(b) Custom or Usage

Admitting, only for the purpose of examining the rights of the appellants, that Indians and/or others may by custom or usage acquire a right of access to lands for hunting, there is no evidence or material adduced in these proceedings which demonstrate the existence of any such right by custom or usage arising in the appellants. In my view this renders this appeal a wholly unsatisfactory basis upon which to determine the argument of access based on custom. I agree with the view

Moosehunter, précité, va dans le même sens. Or, il convient de faire remarquer que, dans ces deux affaires, il était question non pas de biens-fonds privés, mais de terres de la Couronne à l'égard desquelles Sa Majesté du chef de la province avait conféré à tous un droit de chasse limité. Dans l'arrêt *Sutherland*, précité, le juge Dickson (alors juge puîné), s'exprimant au nom de la Cour, affirme à la p. 459:

On peut prétendre que lorsque la Couronne occupe valablement des terres, il n'y a, à première vue, aucun droit d'accès, tout comme dans le cas de terres occupées par des propriétaires privés, sous réserve du droit d'accès que la Couronne, en tant qu'occupante de la terre, donne au public ou aux Indiens. Dans l'Aire de protection, la Couronne a donné au public l'accès pour chasser, mais à certaines conditions. La province ne peut refuser l'accès aux Indiens alors qu'elle le donne au public, mais elle peut le refuser aux fins de la chasse, ce qui lie pareillement Indiens et non-Indiens.

Il y a tout un saut entre l'idée d'un «droit de chasse limité» et celle de la chasse illimitée par les Indiens sur des terres privées du fait que le droit commun permet au propriétaire d'une terre privée d'accorder ou de refuser l'accès à quiconque pour quelque fin que ce soit. Le simple fait que le propriétaire puisse accorder un droit d'accès pour chasser à des amis, à des permissionnaires ou à des invités ne constitue pas un droit de chasse limité en ce sens que les Indiens peuvent en conséquence, sans consentement, pénétrer sur les terres en question pour y chasser.

Les appelants n'ont pas réussi, au moyen de l'un ou l'autre argument, à prouver que *The Wildlife Act* leur confère un droit d'accès à des terres privées pour y chasser.

b) La coutume ou l'usage

À supposer, pour les seules fins de l'examen des droits des appelants, que les Indiens ou d'autres personnes, ou les deux à la fois, puissent par la coutume ou l'usage acquérir un droit d'accès à des terres pour y chasser, aucune déposition ni aucune pièce présentée en l'espèce n'établit que la coutume ou l'usage confèrent un tel droit aux appelants. Cela étant, il ne convient guère, selon moi, de statuer dans le cadre du présent pourvoi sur l'argument relatif au droit d'accès résultant de la

expressed by Vancise J.A. in the Saskatchewan Court of Appeal below where he stated:

In this case the respondent sought to argue issues such as, custom and usage, implied consent, right of access to surrendered lands under the treaties and access for the purpose of pursuing the avocation of hunting and fishing on which there was no evidence before the court. If the parties wish to argue these matters on an agreed statement of facts the statement should contain sufficient factual information and underpinning to allow a full and complete arguing of the issues and evidence should be called to establish factual underpinning.

In view of the total absence of the necessary evidence it cannot be determined whether the appellants have a right of access based on custom or usage.

2. *Treaty No. 6*

The appellants argue that the terms of the treaty give them a right to hunt for food on private land. If such a right exists under the treaty then they contend that it is protected by both paragraphs 2 and 12 of the Natural Resources Transfer Agreement. Paragraph 2 reads:

2. The Province will carry out in accordance with the terms thereof every contract to purchase or lease any Crown lands, mines or minerals and every other arrangement whereby any person has become entitled to any interest therein as against the Crown, and further agrees not to affect or alter any term of any such contract to purchase, lease or other arrangement by legislation or otherwise, except either with the consent of all the parties thereto other than Canada or in so far as any legislation may apply generally to all similar agreements relating to lands, mines or minerals in the Province or to interests therein, irrespective of who may be the parties thereto.

They also invoke s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which provides:

35.(1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

coutume. Je partage l'avis du juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan, lorsqu'il affirme:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'intimé a cherché à invoquer des questions comme la coutume et l'usage, le consentement implicite, le droit d'accès aux terres cédées conféré par les traités et le droit d'accès pour se livrer à la chasse et à la pêche, au sujet desquelles aucun élément de preuve n'a été produit en cette cour. Or, si les parties veulent soulever ces points dans un exposé conjoint des faits, cet exposé doit contenir des données factuelles suffisantes pour permettre que les points en question soient pleinement et complètement débattus et il faut à ce moment-là apporter des éléments de preuve établissant ce fondement factuel.

Étant donné l'absence totale des éléments de preuve nécessaires, il est impossible de déterminer si les appelants ont un droit d'accès fondé sur la coutume ou l'usage.

2. *Le traité n° 6*

Les appelants font valoir que le traité leur accorde un droit de chasser sur des terres privées pour se nourrir. Si ce droit existe en vertu du traité, prétendent-ils, il est alors protégé par les articles 2 et 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles. L'article 2 est ainsi rédigé:

2. La province, d'accord avec les conditions stipulées aux présentes, exécutera tout contrat d'achat ou de location de terres, mines ou minéraux de la Couronne et tout autre arrangement en vertu duquel une personne a été investie d'un intérêt dans les susdits à l'encontre de la Couronne, et elle convient en outre de ne porter aucune atteinte ni apporter aucune modification à l'une quelconque des conditions de ce contrat d'achat ou de location, ou d'un autre arrangement, par législation ou autrement, sauf du consentement de toutes les parties à ce contrat ou arrangement autre que le Canada ou en tant qu'une législation puisse s'appliquer généralement à toute convention semblable relative aux terres, mines ou minéraux de la province, ou à un intérêt dans les susdits, sans égard à quiconque peut y être partie.

Ils invoquent en outre le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont voici le texte:

35.(1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Finally, s. 88 of the *Indian Act* is invoked to protect treaty rights from the application of *The Wildlife Act*. It states:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of the Parliament of Canada, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that such laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

In my view it is not necessary to determine the application of these various provisions because Treaty No. 6 affords no right of access to occupied private lands.

The ultimate objective of this treaty was for the Government to obtain ownership of the lands it covered and to open the surrendered lands to settlement. The preamble of the treaty clearly illustrates this point:

And whereas the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commissioners that it is the desire of Her Majesty to open up for settlement, immigration and such other purposes as to Her Majesty may seem meet, a tract of country, bounded and described as hereinafter mentioned, and to obtain the consent thereto of her Indian subjects inhabiting the said tract, and to make a treaty

In exchange for the surrendered lands the Government promised to assist the Indians in acquiring skills necessary for agriculture. In this respect the following terms of the treaty state:

And whereas the said Commissioners have proceeded to negotiate a treaty with the said Indians, and the same has been finally agreed upon and concluded as follows, that is to say:

The Plain and Wood Cree Tribes of Indians, and all other the Indians inhabiting the district hereinafter described and defined, do hereby cede, release, surrender and yield up to the Government of the Dominion of Canada for Her Majesty the Queen and her successors forever, all their rights, titles and privileges whatsoever, to the lands included within the following limits, that is to say:

Enfin, on soutient que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* soustrait à l'application de *The Wildlife Act* les droits issus de traités. L'article 88 est ainsi conçu:

^a 88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

^b À mon avis, il n'est pas nécessaire de décider si ces différentes dispositions s'appliquent parce que le traité n° 6 n'accorde aucun droit d'accès à des terres privées occupées.

^c L'objectif ultime de ce traité était de permettre au gouvernement de se porter acquéreur des terres qu'il visait et de les ouvrir à la colonisation. C'est ce qui se dégage nettement de son préambule:

^d Et considérant que les dits Sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à la colonisation, à l'immigration et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables, une étendue de pays, bornée et décrite, tel que ci-après mentionné, et d'obtenir à cet égard le consentement de ses sujets Sauvages habitant le dit pays, et de faire un Traité

^e En échange des terres cédées, le gouvernement a promis d'aider les Indiens à acquérir le savoir-faire nécessaire pour s'adonner à l'agriculture. À ce propos, le traité porte:

^f Et considérant que les dits Commissaires ont procédé à négocier un traité avec les dits Sauvages, et que ce traité a été finalement accepté et conclu comme suit, savoir:

^g Les tribus des Sauvages Cris des Plaines et des Bois, et tous les autres Sauvages habitant le district ci-après décrit et défini, par le présent cèdent, abandonnent, remettent et rendent au gouvernement de la Puissance du Canada pour Sa Majesté la Reine et Ses Successeurs à toujours, tous droits, titres et privilèges quelconques, qu'ils peuvent avoir aux terres comprises dans les limites suivantes, savoir:

To have and to hold the same to Her Majesty the Queen and her successors forever;

And Her Majesty the Queen hereby agrees and undertakes to lay aside reserves for farming lands, due respect being had to lands at present cultivated by the said Indians, and other reserves for the benefit of the said Indians . . .

That with regard to the Indians included under the Chiefs adhering to the treaty at Fort Pitt, and to those under Chiefs within the treaty limits who may hereafter give their adhesion hereto (exclusively, however, of the Indians of the Carlton Region) there shall, during three years, after two or more reserves shall have been agreed upon and surveyed, be distributed each spring among the bands cultivating the soil on such reserves, by Her Majesty's Chief Indian Agent for this treaty in his discretion, a sum not exceeding one thousand dollars, in the purchase of provisions for the use of such members of the band as are actually settled on the reserves and engaged in the cultivation of the soil, to assist and encourage them in such cultivation;

They promise and engage that they will in all respects obey and abide by the law, and they will maintain peace and good order between each other, and also between themselves and other tribes of Indians, and between themselves and others of Her Majesty's subjects, whether Indians or whites, now inhabiting or hereafter to inhabit any part of the said ceded tracts, and that they will not molest the person or property of any inhabitant of such ceded tracts, or the property of Her Majesty the Queen . . .

The operative provision of Treaty No. 6 is as follows:

Her Majesty further agrees with her said Indians that they, the said Indians, shall have right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered as hereinbefore described, subject to such regulations as may from time to time be made by her Government of her Dominion of Canada, and saving and excepting such tracts as may from time to time be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof, duly authorized therefor, by the said Government; [Emphasis added.]

Pour par Sa Majesté la Reine et Ses Successeurs avoir et posséder la dite étendue de pays à toujours;

Et Sa Majesté la Reine par le présent convient et s'oblige de mettre à part des réserves propres à la culture de la terre, tout en ayant égard aux terres présentement cultivées par les dits Sauvages, et d'autres réserves pour l'avantage des dits Sauvages . . .

Qu'à l'égard des Sauvages obéissant aux chefs qui ont donné leur adhésion au traité conclu au Fort Pitt, et de ceux qui se trouvent sous des chefs qui, aux termes du traité pourront par la suite y donner leur adhésion (à l'exclusion, cependant des Sauvages de la région de Carlton), il y aura pendant les trois années à venir, après que deux ou un plus grand nombre de réserves auront été choisies et arpentées, de distribuer chaque printemps parmi les bandes s'adonnant à la culture du sol sur les réserves, par l'agent en chef de Sa Majesté préposé aux affaires des Sauvages pour l'exécution de ce traité, à sa discrétion, une somme n'excédant pas mille piastres pour l'achat de provisions à l'usage de ceux de la bande qui se seront réellement établis sur les réserves qui s'adonnent à la culture du sol, et cela pour les aider et les encourager dans leurs travaux de culture;

Ils promettent et s'engagent que sous tous les rapports ils subiront et se conformeront à la loi, et qu'ils maintiendront la paix et la bonne harmonie entre eux, et aussi entre eux et les autres tribus de Sauvages, ainsi qu'entre eux-mêmes et les autres sujets de Sa Majesté, qu'ils soient Sauvages ou blancs, habitant maintenant ou devant habiter par la suite quelque partie de la dite étendue de pays cédée, et qu'ils ne molesteront pas la personne ou la propriété d'aucun habitant de telle étendue du dit pays cédé, ni la propriété de Sa Majesté la Reine . . .

La disposition essentielle du traité n° 6 est la suivante:

Sa Majesté, en outre, convient avec les dits Sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse et de la pêche dans l'étendue de pays cédée, tel que ci-dessus décrite, sujets à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement de la Puissance du Canada, et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissement, de mine, de commerce de bois ou autres par son dit gouvernement de la Puissance du Canada, ou par aucun de ses sujets y demeurant, et qui seront dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement; [Je souligne.]

The comparable provision in Treaty No. 7 was considered in *R. v. Little Bear* (1958), 25 W.W.R. 580 (Alta. Dist. Ct.) (aff'd (1958), 26 W.W.R. 335 (Alta. App. Div.)) On the facts in that case the accused Indian had consent from the private owner of the lands to hunt and thus he came under the protection of paragraph 12 in the Alberta Natural Resources Transfer Agreement.

The trial judge in *Little Bear, supra*, also considered whether Treaty No. 7 gave the accused a right of access to privately owned land. The judge considered the hunting rights proviso in the treaty which is in all material respects the same as the clause at issue here in Treaty No. 6, *supra*. At page 583 this ground of argument is rejected by Turcotte Dist. Ct. J.:

It is clear that, without more, the treaty of 1877 did not give Little Bear the right to kill a deer on the Wellman land, because the Wellman land "had been taken up for settlement by one of Her Majesty's subjects duly authorized thereof by the said Government."

It is evident that the clause relating to hunting rights in Treaty No. 6 should be given the same interpretation as the Court in *Little Bear, supra*, gave to the comparable clause in Treaty No. 7.

The appellants however advance the view that Indians were by the treaty entitled to hunt over land taken up for settlement under a joint use concept. That is upon the settlement of these lands, the Indian right to hunt was not extinguished but rather the lands came to be used jointly by the Indian and the settler.

In support of this conclusion the appellants seek to introduce the transcript of the negotiations surrounding Treaty No. 6 between the Indians and the Queen's Representatives. These negotiations are described in a text written by the Hon. Alexander Morris, P.C. (late Lieutenant Governor of Manitoba) entitled: *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880). Morris acted as a Queen's

La disposition comparable du traité n° 7 a été étudiée dans la décision *R. v. Little Bear* (1958), 25 W.W.R. 580 (C. dist. Alb.) (confirmée par (1958), 26 W.W.R. 335 (Div. app. Alb.)) D'après les faits de cette affaire, l'Indien accusé avait obtenu du propriétaire de terres privées la permission d'y chasser, de sorte qu'il bénéficiait de la protection de l'article 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de l'Alberta.

Dans l'affaire *Little Bear*, précitée, le juge du procès s'est penché également sur la question de savoir si le traité n° 7 conférait à l'accusé un droit d'accès aux terres privées. Le juge a examiné la disposition du traité concernant les droits de chasse, laquelle correspond essentiellement à l'article du traité n° 6, précité, qui est en cause en l'espèce. Le juge Turcotte de la Cour de district rejette ce moyen, à la p. 583:

[TRADUCTION] Il est évident que le traité de 1877, sans plus, ne confère pas à Little Bear le droit d'abattre un chevreuil sur la terre de Wellman parce que cette terre «a été prise pour des fins de colonisation par un sujet de Sa Majesté dûment autorisé en ce sens par ledit gouvernement.»

Il est évident que l'article du traité n° 6 touchant les droits de chasse doit recevoir la même interprétation que celle que la cour dans l'affaire *Little Bear*, précitée, a donnée à la disposition comparable du traité n° 7.

Les appelants font valoir cependant qu'en vertu d'une notion d'utilisation conjointe le traité habilitait les Indiens à chasser sur les terres où venaient s'installer des colons. En d'autres termes, la colonisation de ces terres n'entraînait pas l'extinction du droit de chasse des Indiens, mais faisait plutôt sorte que ces terres en venaient à être utilisées conjointement par les Indiens et les colons.

À l'appui de cette conclusion les appelants cherchent à produire en preuve la transcription des négociations entre les Indiens et les représentants de la Reine, qui ont abouti à la signature du traité n° 6. Ces négociations sont décrites dans un texte rédigé par l'honorable Alexander Morris, C.P. (ex-lieutenant-gouverneur du Manitoba) et intitulé: *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880).

Representative in the formation of many of the Indian treaties in western Canada.

With respect to Treaty No. 6 the appellants draw the Court's attention to passages taken from the record of the dialogue between the Indians and the Commissioners. It is submitted that the negotiations support a conclusion that Treaty No. 6 was intended to guarantee to the Indians a right of access to occupied private land surrendered under the treaty. The right is to "joint use", as the appellants put it, of the lands taken up by settlement. The Indians, it is asserted, were free to hunt over such land subject to the interests of the property holder in his or her land and with regard to the safety of others.

The following passage from the Morris text is relied on by the appellants in support of this argument:

[Chief Tee-Tee-Quay-Say said at p. 215:] We want to be at liberty to hunt on any place as usual.

[Lieutenant Governor Morris replied at p. 218:] You want to be at liberty to hunt as before. I told you we did not want to take that means of living from you, you have it the same as before, only this, if a man, whether Indian or Half-breed, had a good field of grain, you would not destroy it with your hunt.

I have some reservations about the use of this material as an aid to interpreting the terms of Treaty No. 6. In my view the terms are not ambiguous. The normal rule with respect to interpretation of contractual documents is that extrinsic evidence is not to be used in the absence of ambiguity; nor can it be invoked where the result would be to alter the terms of a document by adding to or subtracting from the written agreement. This rule is described in *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), at pp. 615-16:

Extrinsic evidence is generally inadmissible when it would, if accepted, have the effect of adding to, varying or contradicting the terms of a judicial record, a transaction required by law to be in writing, or a document constituting a valid and effective contract or other transaction. Most judicial statements of the rule are con-

Morris a agi en qualité de représentant de la Reine dans la négociation d'un bon nombre des traités conclus avec les Indiens de l'Ouest du Canada.

En ce qui concerne le traité n° 6, les appelants attirent l'attention de la Cour sur des passages tirés du compte rendu des pourparlers entre les Indiens et les commissaires. On soutient que les négociations permettent de conclure que le traité n° 6 était destiné à garantir aux Indiens un droit d'accès aux terres privées occupées qui étaient cédées aux termes du traité. Il s'agit, comme l'affirment les appelants, d'un droit «d'utilisation conjointe» des terres colonisées. Les Indiens, affirme-t-on, étaient libres de chasser sur lesdites terres, sous réserve des droits qu'avait le propriétaire sur celles-ci et pourvu que la sécurité d'autrui ne soit pas compromise.

Les appelants fondent cet argument sur le passage suivant tiré du texte de Morris:

[TRADUCTION] [Le chef Tee-Tee-Quay-Say affirme, à la p. 215:] Nous voulons être libres de chasser n'importe où, comme nous l'avons toujours fait.

[Le lieutenant-gouverneur Morris répond, à la p. 218:] Vous voulez être libres de chasser comme auparavant. Je vous ai dit que nous ne voulons pas vous priver de ce moyen de subsistance; rien n'est changé sauf que, si un homme, qu'il soit Indien ou métis, possède un bon champ de grain, il vous faudra prendre garde de le ravager en chassant.

J'ai des doutes quant au recours à ce texte pour interpréter le traité n° 6. Selon moi, son texte n'a rien d'ambigu. Or, suivant la règle normale en matière d'interprétation des contrats, on ne doit pas avoir recours à une preuve extrinsèque s'il n'y a aucune ambiguïté ou si cela aurait pour effet de modifier le texte d'un document par l'adjonction ou la suppression de certains termes. Cette règle est formulée dans *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), aux pp. 615 et 616:

[TRADUCTION] La preuve extrinsèque est généralement inadmissible lorsque, dans l'hypothèse où elle serait acceptée, elle aurait pour effet soit d'apporter des adjonctions ou des modifications aux termes d'un dossier judiciaire, d'une opération qui, en vertu de la loi, doit être constatée par écrit ou d'un document constituant un

cerned with its application to contracts, and one of the best known is that of Lord Morris who regarded it as indisputable that:

Parol testimony cannot be received to contradict, vary, add to or subtract from the terms of a written contract or the terms in which the parties have deliberately agreed to record any part of their contract. [*Bank of Australasia v. Palmer*, [1897] A.C. 540, at p. 545]

The parol evidence rule has its analogy in the approaches to the construction of Indian treaties. This Court in *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, was concerned with the proper interpretation of an Indian treaty by the courts. Dickson C.J. stated at p. 404: "An Indian treaty is unique; it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law". An early judgment in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, referred more broadly to the rules of interpretation properly applicable in a court of law to an Indian treaty. Dickson J. (as he then was) there stated, at p. 36: "... treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians".

The application of the general doctrine enunciated in the parol evidence rule to treaties is discussed in *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1977), vol. 18, para. 1792, at pp. 928 *et seq.* "A treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose". With respect to supplementary means of interpretation, it is stated at para. 1793 that:

In interpreting a treaty recourse may be had to supplementary means, including the preparatory work ... of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of the general rule or to determine the meaning when the application of that rule either leaves the meaning ambiguous or obscure or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable. [Emphasis added.]

contrat valable et exécutoire, ou d'un autre acte, soit d'en contredire les termes. La plupart des énoncés de la règle faits par les tribunaux se rapportent à son application en matière contractuelle et parmi les formulations les mieux connues, il y a celle de lord Morris qui a tenu pour incontestable que:

Une preuve extrinsèque ne saurait être reçue pour contredire ou modifier les termes d'un contrat écrit ou les termes que les parties ont délibérément convenu d'employer pour consigner une partie de leur contrat, ni pour y ajouter des termes ou pour en retrancher. [*Bank of Australasia v. Palmer*, [1897] A.C. 540, à la p. 545]

La règle d'exclusion de la preuve extrinsèque se rapproche des méthodes adoptées pour interpréter les traités conclus avec les Indiens. Dans l'affaire *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, cette Cour a eu à se prononcer sur la façon dont les tribunaux devaient interpréter un traité avec les Indiens. Le juge en chef Dickson affirme, à la p. 404: «Un traité avec les Indiens est unique; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international.» L'arrêt antérieur *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, parle en des termes plus généraux des règles d'interprétation qu'une cour de justice doit appliquer à un traité avec les Indiens. Le juge Dickson (alors juge puîné) affirme, à la p. 36: «... les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et [...] toute ambiguïté doit profiter aux Indiens».

La question de l'application aux traités du principe général énoncé dans la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque est traitée dans *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1977), vol. 18, par. 1792, aux pp. 928 et suiv. [TRADUCTION] «Un traité doit s'interpréter de bonne foi en conformité avec le sens ordinaire devant être donné à ses termes dans leur contexte et eu égard à son objet et à son but». Pour ce qui est des moyens supplémentaires d'interprétation, on affirme ceci au par. 1793:

[TRADUCTION] En interprétant un traité, on peut recourir à des moyens supplémentaires, dont les travaux préparatoires [...] au traité et les circonstances dans lesquelles celui-ci a été signé, afin de confirmer le sens découlant de l'application de la règle générale ou afin d'en dégager le sens lorsque l'application de cette règle n'a pas pour effet de dissiper l'ambiguïté ou l'obscurité du traité ou mène à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable. [Je souligne.]

All this should be read in the awareness that the learned authors appear to be discussing conventional international treaties and not the treaties so common in North America between the government of the country and the tribes and other groupings of aboriginal peoples. The United States Supreme Court, in *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), determined in connection with the application of Indian treaties that they "must . . . be construed, not according to the technical meaning of [their] words . . . but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians" (p. 11).

In my opinion there is no ambiguity which would bring in extraneous interpretative material. Nevertheless I am prepared to consider the Morris text, proffered by the appellants, as a useful guide to the interpretation of Treaty No. 6. At the very least, the text as a whole enables one to view the treaty at issue here in its overall historical context. The following is a brief summary of passages from this text respecting the scope of the guarantee of Indian hunting rights. As shall be seen this text, rather than supporting the reading of the Treaty advanced by the appellants, reinforces the conclusion that the argument of the appellants for joint use of lands taken up by settlement must be rejected.

In the period of 1871-1877 seven treaties were entered into by the Dominion Government with the Indians inhabiting the northwestern part of Canada. Generally, the Indians ceded land to the Government of Canada which in return undertook to set aside particular areas known as Indian reserves and to grant annuities and various supplies to the Indians. In all but the first two treaties there is a clause similar to that cited above respecting hunting rights. From the record of the negotiations included in the Morris text (see excerpts below) one can see that any guarantee of such hunting rights was not intended nor understood to extend to land occupied by settlers.

En lisant ces passages, on doit se rappeler que les savants auteurs semblent parler des traités internationaux classiques et non pas des traités, si communs en Amérique du Nord, entre le gouvernement d'un pays et les tribus et autres groupements d'autochtones. La Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), a décidé relativement à l'application des traités avec les Indiens qu'ils [TRADUCTION] «doivent [...] être interprétés non pas selon le sens strict de [leurs] termes [...] mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ces termes» (p. 11).

À mon avis, il n'existe en l'espèce aucune ambiguïté pouvant justifier le recours à des documents extrinsèques pour des fins d'interprétation. Je suis néanmoins disposé à considérer le texte de Morris, produit par les appelants, comme un guide utile pour ce qui est d'interpréter le traité n° 6. À tout le moins, ce texte dans son ensemble permet de situer dans son contexte historique global le traité présentement en cause. Ce qui suit est un bref résumé de passages tirés de ce texte, concernant la portée de la garantie des droits de chasse des Indiens. Comme nous allons le constater, plutôt que d'appuyer l'interprétation du traité proposée par les appelants, ce texte renforce la conclusion qu'il faut rejeter l'argument des appelants en faveur de l'utilisation conjointe des terres colonisées.

Au cours de la période de 1871 à 1877, sept traités ont été conclus par le gouvernement fédéral avec les Indiens habitant le nord-ouest canadien. D'une manière générale, les Indiens ont cédé des terres au gouvernement du Canada, lequel s'est engagé en contrepartie à leur réserver certaines étendues de terre connues sous le nom de réserves indiennes, à leur verser des rentes et à leur accorder différents types de fournitures. Exception faite des deux premiers, chacun de ces traités comporte une clause relative aux droits de chasse semblable à celle citée précédemment. Il est possible de constater, à la lecture du compte rendu des négociations que l'on trouve dans le texte de Morris (voir les extraits reproduits plus loin), qu'il n'était ni voulu ni entendu que la garantie de tels droits de chasse s'appliquerait aux terres occupées par des colons.

The then Lieutenant Governor of Manitoba and the Northwest Territories, A. G. Archibald, was one of the Commissioners involved in the formation of the first two treaties. In his opening address to the Indians at Stone Fort, where Treaty No. 1 was signed, Archibald made the following statement which clearly shows that the Indians were not being given a right to hunt over occupied private lands (at p. 29):

When you have made your treaty you will still be free to hunt over much of the land included in the treaty. Much of it is rocky and unfit for cultivation, much of it that is wooded is beyond the places where the white man will require to go, at all events for some time to come. Till these lands are needed for use you will be free to hunt over them, and make all the use of them which you have made in the past. But when lands are needed to be tilled or occupied, you must not go on them any more. There will still be plenty of land that is neither tilled nor occupied where you can go and roam and hunt as you have always done, and, if you wish to farm, you will go to your own reserve where you will find a place ready for you to live on and cultivate.

The third treaty was made at the "North-West Angle". In Morris' words it was "... of great importance ..." partly because "... [it] eventually shaped the terms of all the treaties, four, five, six and seven, which have since been made with the Indians of the North-West Territories ..." (p. 45). It contains a clause similar to that in Treaty No. 6 regarding hunting rights. Lieutenant Governor Morris gave the following explanation of the terms of the treaty in negotiations preceding the adoption of Treaty No. 3 by the Indians and the Government representatives (at p. 58):

I will give you lands for farms, and also reserves for your own use. I have authority to make reserves such as I have described, not exceeding in all a square mile for every family of five or thereabouts. It may be a long time before the other lands are wanted, and in the meantime you will be permitted to fish and hunt over them. I will also establish schools whenever any band asks for them, so that your children may have the

A. G. Archibald, alors lieutenant-gouverneur du Manitoba et des territoires du Nord-Ouest, fut l'un des commissaires qui ont participé à la négociation des deux premiers traités. Dans l'allocution inaugurale qu'il a adressée aux Indiens à Fort Stone, lieu de signature du premier traité, Archibald a fait la déclaration suivante qui démontre clairement qu'on n'accordait pas aux Indiens un droit de chasser sur les terres privées occupées (à la p. 29):

[TRADUCTION] Quand vous aurez signé votre traité, vous serez encore libres de chasser sur une bonne partie des terres qu'il vise. Elles sont en grande partie rocheuses et impropres à la culture. Les terres boisées se situent dans une large mesure en dehors des régions où les Blancs devront aller et cet état de choses devrait durer encore assez longtemps. En attendant qu'on ait besoin de ces terres, vous pourrez y chasser et vous en servir comme vous l'avez fait par le passé. Mais dès qu'on en aura besoin pour la culture ou pour les occuper, vous ne devrez plus y pénétrer. Il y aura encore à ce moment-là de grandes étendues de terre qui ne seront ni cultivées ni occupées où vous pourrez circuler et chasser comme vous l'avez toujours fait et, si vous souhaitez devenir cultivateurs, vous irez sur votre propre réserve où vous trouverez un terrain sur lequel vous pourrez vous installer et que vous pourrez cultiver.

Le troisième traité a été conclu à l'«angle nord-ouest». Pour reprendre les termes de Morris, il revêtait une [TRADUCTION] «... grande importance...» en partie parce que c'est sur lui [TRADUCTION] «... qu'ont été modelés, en définitive, les termes de tous les traités, savoir les quatrième, cinquième, sixième et septième, conclus depuis lors avec les Indiens des territoires du Nord-Ouest...» (p. 45). Ce traité contient une clause relative aux droits de chasse analogue à celle figurant dans le traité n° 6. Au cours des négociations qui ont précédé la signature du traité n° 3 par les Indiens et par les représentants du gouvernement, le lieutenant-gouverneur Morris en a expliqué ainsi les termes (à la p. 58):

[TRADUCTION] Je vous donnerai des terres à cultiver ainsi que des réserves pour votre propre usage. Je suis autorisé à créer des réserves comme celles que j'ai décrites, dont la superficie totale ne dépassera pas un mille carré pour chaque famille d'environ cinq personnes. Il pourra s'écouler beaucoup de temps avant qu'on n'ait besoin des autres terres et il vous sera permis entre-temps d'y pêcher et d'y chasser. J'établirai en

learning of the white man. I will also give you a sum of money for yourselves and every one of your wives and children for this year. I will give you ten dollars per head of the population, and for every other year five dollars a-head. But to the chief men, not exceeding two to each band, we will give twenty dollars a-year for ever. I will give to each of you this year a present of goods and provisions to take you home, and I am sure you will be satisfied. [Emphasis added.]

Treaty No. 4, the Qu'Appelle Treaty, contains terms similar to Treaty No. 3 in response to a request by the Indians and acceded to by the Commissioners (p. 79). In the negotiations preceding the signing of this Treaty, Morris made the following statement to the Indians (at p. 96):

We have come through the country for many days and we have seen hills and but little wood and in many places little water, and it may be a long time before there are many white men settled upon this land, and you will have the right of hunting and fishing just as you have now until the land is actually taken up. (His Honor repeated the offers which had been given to the Sauteaux on the previous day.) I think I have told you all that the Queen is willing to do for you.

The Winnipeg Treaty was the fifth one signed and Morris states at p. 145 that other than alterations in the amount of the gratuity and the quantity of land set aside for reserves, "[t]he terms of the treaty were identical with those of Treaties Numbers Three and Four . . ." It would appear therefore that a standard hunting rights clause had been developed and was intended and understood by Morris at least to accord the same general rights in all the later treaties.

Turning to Treaty No. 6 (the Treaty here at issue), signed in 1876 at Forts Carlton and Pitt (in present-day Saskatchewan), Lord Morris states that except with respect to the addition of a new annuity and a clause respecting famine, "[t]he other terms were analogous to those of the previous treaties". He notes further that: "The treaty was interpreted to them [the Cree Indians] care-

outre des écoles chaque fois qu'une bande en fera la demande, afin que vos enfants puissent recevoir la même instruction que les Blancs. Je vous remettrai également pour cette année une somme d'argent pour vous-mêmes et pour vos épouses et chacun de vos enfants. Je vous donnerai dix dollars par tête cette année, et pour les années suivantes, cinq dollars. Mais aux chefs (pas plus que deux par bande), nous paierons vingt dollars par année à perpétuité. J'offrirai en cadeau à chacun d'entre vous cette année des marchandises et des provisions que vous pourrez rapporter chez vous et je suis certain que vous serez satisfaits. [Je souligne.]

Suite à une demande faite par les Indiens, à laquelle les commissaires ont accédé, le traité n° 4, c'est-à-dire le traité de Qu'Appelle, a été rédigé en des termes semblables à ceux du traité n° 3 (p. 79). Dans le cadre des négociations préalables à la signature de ce traité, Morris a dit aux Indiens (à la p. 96):

[TRADUCTION] Nous avons mis bien des jours à traverser le pays et nous avons vu des collines mais pas beaucoup d'arbres. À bien des endroits, il n'y a que peu d'eau. Il pourra s'écouler beaucoup de temps avant que les Blancs ne viennent s'installer en grand nombre sur ce territoire et en attendant que cela se produise, vous aurez le même droit de chasser et de pêcher que vous avez maintenant. (Le lieutenant-gouverneur a répété les offres faites aux Sauteaux le jour précédent.) Je crois que je vous ai dit tout ce que la Reine est disposée à faire pour vous.

Le traité de Winnipeg est le cinquième à avoir été signé et Morris dit, à la p. 145, que, à part certaines différences quant au montant du versement et quant à la superficie des terres destinées aux réserves [TRADUCTION] «[l]es termes du traité étaient identiques à ceux des troisième et quatrième traités . . . » On paraît donc avoir mis au point une clause type en matière de droits de chasse, clause qui visait, du moins c'est ainsi que l'entendait Morris, à accorder les mêmes droits généraux dans chacun des traités subséquents.

Passons maintenant au traité n° 6 (celui qui est présentement en cause) qui a été signé en 1876 à Fort Carlton et à Fort Pitt (situés dans ce qui est aujourd'hui la Saskatchewan). Lord Morris affirme concernant ce traité que, exception faite de l'ajout d'une nouvelle rente et d'une clause relative à la famine, [TRADUCTION] «[s]es termes correspondaient à ceux des traités antérieurs». Il fait

fully, and was then signed, and the payment made in accordance therewith" (p. 178).

The summary of the negotiations surrounding the signing of this treaty supports the conclusion that the main purpose behind the treaty was for the Federal Government to obtain ownership of the lands covered by the treaty in return for annuities and the establishment of reservations. The concept behind the reservations was that the Indians were to be given the opportunity to learn agricultural skills and in order to cultivate the land and facilitate their continued survival. At the time of the signing of this treaty, according to Morris the Indians had lost many of their number due to sickness and starvation and were dependent on the buffalo which were becoming increasingly scarce. The following excerpts from the record of events made by Morris himself in a letter to the Federal Government support this conclusion (at pp. 184-86):

I then fully explained to them the proposals I had to make, that we did not wish to interfere with their present mode of living, but would assign them reserves and assist them as was being done elsewhere, in commencing to farm, and that what was done would hold good for those that were away.

At length the Indians informed me that they did not wish to be fed every day, but to be helped when they commenced to settle, because of their ignorance how to commence, and also in case of general famine . . .

They saw the buffalo, the only means of their support, passing away. They were anxious to learn to support themselves by agriculture, but felt too ignorant to do so, and they dreaded that during the transition period they would be swept off by disease or famine — already they have suffered terribly from the ravages of measles, scarlet fever and small-pox.

It was impossible to listen to them without interest, they were not exacting, but they were very apprehensive of their future, and thankful, as one of them put it, "a new life was dawning upon them."

remarquer en outre que [TRADUCTION] «On leur a bien expliqué [aux Cris] le traité, puis il a été signé et le paiement effectué en conformité avec ses termes» (p. 178).

^a Le résumé des négociations qui ont conduit à la signature de ce traité justifie la conclusion qu'il avait principalement pour objet de permettre au gouvernement fédéral de se porter acquéreur des terres y visées en échange du paiement de rentes et de la création de réserves. Ces réserves ont été conçues pour donner aux Indiens la possibilité d'acquérir un savoir-faire en matière d'agriculture de manière à pouvoir cultiver la terre et à être mieux en mesure d'assurer leur survie. Selon Morris, au moment de la signature de ce traité, la maladie et la famine avaient emporté beaucoup d'Indiens et ceux-ci dépendaient du bison qui se faisait de plus en plus rare. Les extraits suivants tirés du compte rendu des événements fait par Morris lui-même dans une lettre adressée au gouvernement fédéral appuient cette conclusion (aux pp. 184 à 186):

^e [TRADUCTION] Je leur ai ensuite expliqué en détail ce que j'avais à leur proposer, en leur disant que nous ne voulions pas déranger leur mode de vie actuel, mais que nous leur donnerions des réserves et les aiderions, comme cela se faisait ailleurs, à se lancer dans l'agriculture, et que cela valait également pour ceux qui étaient absents.

Finalemt, les Indiens m'ont informé que ce qu'ils voulaient c'était non pas qu'on leur donne à manger chaque jour, mais qu'on les aide quand ils commencent à s'établir sur la terre parce qu'ils ignoraient comment s'y prendre, et aussi en cas de famine générale . . .

^h Ils constatent la disparition du bison, qui est leur unique moyen de subsistance. Quoique désireux d'apprendre à subvenir à leurs besoins par l'agriculture, ils se croient trop ignorants pour le faire. De plus, ils redoutent que, pendant la période de transition, ils ne soient emportés par la maladie ou par la famine, car déjà ils ont souffert terriblement des ravages de la rougeole, de la scarlatine et de la variole.

ⁱ Il a été impossible de rester indifférent à ce qu'ils disaient; ils n'étaient pas exigeants, mais ils s'inquiétaient beaucoup de leur avenir et étaient heureux, comme l'un d'eux l'a dit, du fait qu'«une nouvelle vie s'offrait à eux».

On the 23rd [August] the conference was resumed, an Indian addressed the people, telling them to listen and the interpreter, Peter Erasmus, would read what changes they desired in the terms of our offer. They asked for an ox and a cow each family; an increase in the agricultural implements; provisions for the poor, unfortunate, blind and lame; to be provided with missionaries and school teachers; the exclusion of fire water in the whole Saskatchewan; a further increase in agricultural implements as the band advanced in civilization; freedom to cut timber on Crown lands; liberty to change the site of the reserves before the survey; free passages over Government bridges or scows; other animals, a horse, harness and waggon, and cooking stove for each chief; a free supply of medicines; a hand mill to each band; and lastly, that in case of war they should not be liable to serve.

Two spokesmen then addressed us in support of these modifications of the terms of the Treaty.

After an interval we again met them, and I replied, going over their demands and reiterating my statements as to our inability to grant food, and again explaining that only in a national famine did the Crown ever intervene, and agreeing to make some additions to the number of cattle and implements, as we felt it would be desirable to encourage their desire to settle.

I closed by stating that, after they settled on the reserves, we would give them provisions to aid them while cultivating, to the extent of one thousand dollars per annum, but for three years only, as after that time they should be able to support themselves.

In his commentary on a meeting with a different band of Indians who were gathered at Fort Pitt, Morris wrote (at p. 190):

After the conclusion of these proceedings I addressed them, telling them we had come at their own request, and that there was now a trail leading from Lake Superior to Red River, that I saw it stretching on thence to Fort Ellice, and there branching off, the one track going to Qu'Appelle and Cyprus Hills, and the other by Fort Pelly to Carlton, and thence I expected to see it extended, by way of Fort Pitt to the Rocky Mountains; on that road I saw all the Chippewas and Crees walking, and I saw along it gardens being planted and houses built.

Le 23 [août], la conférence a repris. Un Indien s'est adressé au peuple pour lui dire d'écouter et l'interprète, Peter Erasmus, a fait lecture des changements qu'ils souhaitaient apporter aux termes de notre offre. Ils demandaient un bœuf et une vache pour chaque famille, davantage d'outils agricoles, des provisions pour les pauvres, les déshérités, les aveugles et les boiteux, des missionnaires et des enseignants, l'interdiction des spiritueux dans toute la Saskatchewan, d'autres outils agricoles à mesure que la civilisation de la bande progresserait, la liberté de couper du bois sur les terres de la Couronne, la liberté de changer l'emplacement des réserves tant que l'arpentage n'aurait pas été fait, le droit de traverser sans frais les ponts gouvernementaux ou de voyager gratuitement à bord de chalands gouvernementaux, d'autres animaux, un cheval, un harnais, un chariot et un fourneau pour chaque chef, un approvisionnement gratuit de médicaments, un métier à tisser pour chaque bande, et, en dernier lieu, l'exemption de service militaire en cas de guerre.

Deux porte-parole nous ont alors exprimé leur appui relativement à ces modifications des termes du traité.

Après un certain laps de temps, nous les avons rencontrés de nouveau et j'ai répondu à leurs demandes en répétant que nous ne pouvions leur donner des vivres, en expliquant encore une fois que le gouvernement n'intervient jamais qu'en cas de famine nationale, et en convenant d'augmenter le nombre de bovins et d'outils, car nous jugions souhaitable de les encourager dans leur volonté de s'établir sur la terre.

Pour terminer, j'ai dit qu'une fois qu'ils seraient installés sur les réserves, nous leur donnerions jusqu'à mille dollars par année de provisions afin de les aider à cultiver la terre, mais que cela n'allait durer que trois ans, après quoi ils devaient être en mesure de subvenir à leurs propres besoins.

Commentant une rencontre avec une autre bande d'Indiens qui s'était rassemblée à Fort Pitt, Morris écrit (à la p. 190):

[TRADUCTION] À la conclusion de cette assemblée, je leur ai dit que c'était à leur demande que nous étions venus et qu'il y avait maintenant une piste qui menait du lac Supérieur jusqu'à Red River, que je voyais se prolonger jusqu'à Fort Ellice où elle bifurquerait, un de ses embranchements conduisant à Qu'Appelle et aux collines du Cyprès, l'autre à Carlton en passant par Fort Pelly, et que je m'attendais qu'elle se prolonge de là à Fort Pitt et jusqu'aux montagnes Rocheuses. Sur cette route, je voyais marcher tous les Chippewas et les Cris et le long du chemin je voyais des jardins qui étaient cultivés et des maisons qui étaient construites.

I invited them to join their brother Indians and walk with the white men on this road. I told them what we had done at Carlton, and offered them the same terms, which I would explain fully if they wished it.

On closing Sweet Grass rose, and taking me by the hand, asked me to explain the terms of the treaty, after which they would all shake hands with me and then go to meet in council.

I complied with this request, and stated the terms fully to them, both addresses having occupied me for three hours. On concluding they expressed satisfaction, and retired to their council.

Nowhere in Morris' dispatch or in the records of negotiations are there statements made by the Indians expressly requesting the right to hunt on occupied lands. The statement made by Lieutenant Governor Morris at p. 218 cited above does not, in my opinion, establish this right. In the context of the terms of the treaty, which were explained to the Indians carefully and assented to by them, it is clear that the right to hunt was not extended to land that became occupied by settlers. The statement, even when taken alone, can be read in a manner consistent with the written provision and it does not contradict the written expression of the preservation of hunting rights in the manner outlined therein. When the negotiations and the terms of Treaty No. 6 are read in light of the entire historical context of the other treaties this view is inescapable.

I turn now to Treaty No. 7 which was signed in the following year and contains a similar hunting rights proviso. The treaty was negotiated for the Government of Canada by Lieutenant Governor Laird (and others) who, in a letter to the Government of Canada describing the negotiations leading up to this treaty with the Blackfeet Indians, wrote (at p. 257):

On Tuesday we met the Indians at the usual hour. We further explained the terms outlined to them yesterday, dwelling especially upon the fact that by the Canadian Law their reserves could not be taken from them, occupied or sold, without their consent. They were also assured that their liberty of hunting over the open

Je les ai invités à se joindre à leurs semblables Indiens et à accompagner les Blancs sur ce chemin. Je leur ai dit ce que nous avions fait à Carlton et leur ai offert les mêmes conditions que je leur expliquerais pleinement s'ils le voulaient.

Après que j'eus terminé, Sweet Grass s'est levé et, me prenant par la main, m'a demandé d'expliquer les termes du traité, et m'a dit qu'après cela ils me serreraient tous la main, puis iraient se réunir en conseil.

J'ai accédé à cette demande et leur ai présenté un exposé complet des termes. Mes deux discours ont duré trois heures. Quand j'eus fini, ils ont exprimé leur satisfaction et se sont retirés pour tenir conseil.

Ni dans la dépêche de Morris ni dans le compte rendu des négociations n'est-il mentionné que les Indiens ont expressément demandé le droit de chasser sur les terres occupées. À mon avis, la déclaration, reproduite plus haut, faite par le lieutenant-gouverneur Morris à la p. 218, n'établit pas l'existence d'un tel droit. Il ressort clairement des termes du traité, lesquels ont été soigneusement expliqués aux Indiens qui y ont donné leur adhésion, que le droit de chasser ne pouvait être exercé sur les terres devenues occupées par des colons. Même si on la prend isolément, cette déclaration peut être interprétée d'une manière compatible avec la disposition écrite et elle n'entre nullement en conflit avec le maintien des droits de chasse prévu par ladite disposition. Si on interprète les négociations relatives au traité n° 6 et les termes de ce traité en fonction du contexte historique global des autres traités, ce point de vue est inéluctable.

Je passe maintenant au traité n° 7 qui a été signé l'année suivante et qui contient une disposition semblable concernant les droits de chasse. Il s'agit d'un traité négocié pour le gouvernement du Canada par le lieutenant-gouverneur Laird (et autres) qui, dans une lettre adressée audit gouvernement décrivant les négociations menant à la signature de ce traité avec les Pieds-Noirs, a écrit (à la p. 257):

[TRADUCTION] Mardi, nous avons rencontré les Indiens à l'heure habituelle. Nous avons expliqué plus amplement les termes qui leur ont été exposés hier, en soulignant particulièrement que, suivant la loi canadienne, leurs réserves ne pourraient pas leur être enlevées ni être occupées ou vendues sans leur consentement.

prairie would not be interfered with, so long as they did not molest settlers and others in the country.

Morris also included a report of the speeches of the Commissioners and the Indians which appeared in the *Toronto Globe*, beginning October 4, 1877, with respect to which Morris wrote "... though not authentic, I believe, gives a general view of what passed during the negotiations." (p. 250). There are two statements made by Lieutenant Governor Laird, as quoted by the *Globe* reporter, which are relevant. Laird is quoted by the *Globe* as telling the Indian Chiefs "... it is your privilege to hunt all over the prairies ...", and shortly thereafter, "[t]he reserve will be given to you without depriving you of the privilege to hunt over the plains until the land be taken up." (See pp. 269-70 and 272.)

In the final chapter of his text Morris summarizes the general result of the various treaties. This summary includes (at pp. 285-86):

1. A relinquishment, in all the great region from Lake Superior to the foot of the Rocky Mountains, of all their right and title to the lands covered by the treaties, saving certain reservations for their own use, and

2. In return for such relinquishment, permission to the Indians to hunt over the ceded territory and to fish in the waters thereof, excepting such portions of the territory as pass from the Crown into the occupation of individuals or otherwise.

In summary then the terms of the treaty are clear and unambiguous: the right to hunt preserved in Treaty No. 6 did not extend to land occupied by private owners. When the passages from the negotiations sought to be introduced by the appellants are viewed in the context of the various treaties covered in the Morris text it becomes clear that while the Indians were entitled to continue their mode of life by hunting, the preservation of that right did not include the grant of access to lands privately owned and occupied by settlers. Settlement of these lands was the goal of the government along with the intention of includ-

On leur a assuré en outre qu'il ne serait pas porté atteinte à leur liberté de chasser dans la grande prairie, du moment qu'ils n'importuneraient pas les colons et les autres habitants de ces terres.

^a Morris a inclus également un reportage sur les discours tenus par les commissaires et par les Indiens, qui est paru dans le *Globe* de Toronto à partir du 4 octobre 1877, à propos duquel il dit: ^b [TRADUCTION] «... bien qu'il ne soit pas authentique, je crois qu'il donne un aperçu général de ce qui s'est passé au cours des négociations» (p. 250). Deux déclarations faites par le lieutenant-gouverneur Laird et citées par le reporter du *Globe* sont pertinentes. D'après le *Globe*, Laird aurait dit aux chefs indiens que [TRADUCTION] «... vous avez le droit de chasser partout dans les prairies ...» et, un peu plus loin, que [TRADUCTION] «[l]a réserve vous sera donnée sans que ne vous soit enlevé le droit de chasser dans les plaines jusqu'à ce que les terres en question soient colonisées». (Voir aux pp. 269, 270 et 272.)

Au dernier chapitre de son texte, Morris résume l'effet général des différents traités. Ce résumé comporte notamment les points suivants (aux pp. 285 et 286):

[TRADUCTION] 1. La renonciation, pour toute la vaste région s'étendant du lac Supérieur jusqu'au pied des montagnes Rocheuses, à tout droit et titre sur les terres visées par les traités, à l'exception de certaines réserves destinées à leur propre usage, et

2. En échange de cette renonciation il est permis aux Indiens de chasser sur le territoire cédé et de pêcher dans les eaux s'y trouvant, à l'exception des parties du territoire cédées par la Couronne notamment à des particuliers pour qu'ils les occupent.

En résumé donc, les termes du traité sont clairs et nets: le droit de chasser maintenu par le traité n° 6 ne s'appliquait pas aux terres privées occupées par leur propriétaire. Lorsqu'on examine, en fonction des divers traités visés par le texte de Morris, les passages relatifs aux négociations, que les appellants ont essayé de produire en preuve, il devient évident que, si les Indiens avaient le droit de conserver leur mode de vie en se livrant à la chasse, le maintien de ce droit n'emportait pas l'autorisation de pénétrer sur des terres privées appartenant à des colons et occupées par ceux-ci. L'objectif du gouvernement était de coloniser ces

ing, where possible, the nomadic Indian population at least to the extent that some of them would turn to agriculture with government assistance as their principal source of sustenance and survival. The extraneous material which properly should be examined when ambiguity in the Treaty is encountered, in any case supports and does not contradict the unambiguous terms of the Treaty.

Conclusion

I would note in closing that the appellants, in their factum, presented an argument that s. 38(6) of *The Wildlife Act*, as amended by *The Wildlife Amendment Act, 1982*, S.S. 1982-83, c. 20, s. 7, is inoperative by virtue of s. 88 of the *Indian Act*. This submission must be rejected for two reasons. Firstly, it cannot be said that the amendment of s. 38(6) affects the appellants' status as treaty Indians because, for the reasons given above, the treaty did not give to the appellants a right of access to the lands in question. Secondly, the appellants have not demonstrated, in my view, that the purpose or the effect of the amendment is to deprive them, as Indians, of a right of access. The decisions of this Court in *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, and *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, are determinative of this argument in my opinion.

For the reasons given above I do not believe that the appellants have established that they had a right of access to occupied private lands on any of the grounds put forward. Having failed on this point the appellants are not immune from the provisions of *The Wildlife Act* and thus they were properly convicted of the offences for which they were found guilty at trial. I would dismiss this appeal and restore the orders of the trial judge with respect to conviction and sentence.

terres, mais il souhaitait en même temps que, dans la mesure du possible, la population indienne nomade y prenne part, du moins en ce sens que certains Indiens, avec l'aide gouvernementale, se tourneraient vers l'agriculture comme moyen principal d'assurer leur subsistance et leur survie. En tout état de cause, les documents extrinsèques qui doivent normalement être examinés en cas d'ambiguïté, loin de les contredire, confirment les termes non équivoques du traité.

Conclusion

Pour terminer, je fais remarquer que les appellants, dans leur mémoire, font valoir que le par. 38(6) de *The Wildlife Act*, modifié par *The Wildlife Amendment Act, 1982*, S.S. 1982-83, chap. 20, art. 7, est inopérant en raison de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Deux raisons militent en faveur du rejet de cet argument. En premier lieu, on ne saurait prétendre que la modification apportée au par. 38(6) ait quelque incidence sur le statut des appelants en tant qu'Indiens visés par un traité parce que, pour les raisons déjà exposées, le traité en question ne confère pas aux appelants un droit d'accès aux terres en cause. En deuxième lieu, les appelants, selon moi, n'ont pas démontré que la modification susmentionnée a pour objet ou pour effet de les priver en tant qu'Indiens d'un droit d'accès. J'estime que les arrêts de cette Cour *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, et *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, sont décisifs en ce qui concerne cet argument.

Pour les motifs que je viens d'exposer, je ne crois pas que les appelants soient parvenus à prouver, par l'un quelconque des moyens qu'ils ont invoqués, qu'ils jouissent d'un droit d'accès aux terres privées occupées. Ayant échoué à cet égard, les appelants n'échappent pas à l'application de *The Wildlife Act*. Par conséquent, c'est à bon droit qu'ils ont été condamnés pour les infractions dont ils ont été reconnus coupables au procès. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de rétablir les ordonnances rendues par le juge du procès en matière de déclaration de culpabilité et de peine.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Cherkewich & Pinel, Prince Albert.

Solicitor for the respondent: Kenneth W. MacKay, Regina.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Cherkewich & Pinel, Prince Albert.

Procureur de l'intimée: Kenneth W. MacKay, Regina.

Mustapha Antoine *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ANTOINE

File No.: 18848.

1987: December 14; 1988: January 28.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain,
La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC*Criminal law — Procedure — Guilty plea — No
valid grounds to permit accused to change his plea.**Held:* The appeal should be dismissed.APPEAL from a judgment of the Quebec Court
of Appeal (1984), 40 C.R. (3d) 375, dismissing the
accused's appeal from his conviction on a charge
of extortion. Appeal dismissed.*Jean-Louis Parcigneau*, for the appellant.*Guy Pinsonnault*, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the opinion that
this appeal should be dismissed for the reasons
given by Rothman J.A. of the Quebec Court of
Appeal (1984), 40 C.R. (3d) 375.*Appeal dismissed.**Solicitor for the appellant: Jean-Louis Parci-
gneau, Montréal.**Solicitor for the respondent: The Crown
Prosecutor's Office, Hull.***Mustapha Antoine** *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*^a

RÉPERTORIÉ: R. c. ANTOINE

N° du greffe: 18848.

1987: 14 décembre; 1988: 28 janvier.

^bPrésents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer,
Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c*Droit criminel — Procédure — Plaidoyer de culpabi-
lité — Aucune raison valable de permettre à l'accusé de
changer son plaidoyer.**Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.^dPOURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
du Québec (1984), 40 C.R. (3d) 375, qui a rejeté
l'appel de l'accusé déclaré coupable d'extorsion.
Pourvoi rejeté.^e*Jean-Louis Parcigneau*, pour l'appellant.*Guy Pinsonnault*, pour l'intimée.

Le jugement suivant a été rendu par

^fLA COUR—Nous sommes tous d'avis de rejeter
ce pourvoi, pour les raisons données par le juge
Rothman de la Cour d'appel du Québec (1984), 40
C.R. (3d) 375.^g*Pourvoi rejeté.**Procureur de l'appellant: Jean-Louis Parci-
gneau, Montréal.**Procureur de l'intimée: Le substitut du Procu-
reur général, Hull.*

Vernon Leo Cronin and Royce John King
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CRONIN

File No.: 19441.

1988: February 1.

Present: Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Stay of prosecution — Whether Crown's handling of a private prosecution justified a stay of prosecution of the accused.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, rendered on June 13, 1985, allowing an appeal by the Crown and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Russell J. Murphy, Q.C., and L. Bankston, for the appellants.

Brian J. Gover, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

ESTEY J.—This Court is of the view that this appeal should be dismissed. We agree with the Court of Appeal that there is no basis in law for the stay of this prosecution.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: Russell J. Murphy, Q.C., Oshawa.

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

Vernon Leo Cronin et Royce John King
Appelants

c.

a Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CRONIN

N° du greffe: 19441.

b 1988: 1^{er} février.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

c

Droit criminel — Suspension des poursuites — La façon dont le ministère public a mené une poursuite privée justifie-t-elle la suspension des poursuites contre les accusés?

d

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, rendu le 13 juin 1985, qui a accueilli un appel du ministère public et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

e

Russell J. Murphy, c.r., et L. Bankston, pour les appelants.

Brian J. Gover, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

f

LE JUGE ESTEY—Nous sommes d'avis que ce pourvoi doit être rejeté. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la suspension de cette instance n'est aucunement fondée en droit.

g

Jugement en conséquence.

h

Procureur des appelants: Russell J. Murphy, c.r., Oshawa.

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

Dale Patrick Graham *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. GRAHAM

File No.: 19417.

1988: February 2.

Present: Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Directed verdict — Appeal as of right — No error in the disposition of the case by the Court of Appeal.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 20 C.C.C. (3d) 210, 10 O.A.C. 2, allowing an appeal by the Crown, setting aside the acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Michael Thompson, for the appellant.

James K. Stewart and *Robert E. Charney*, for the respondent.

Graham H. Garton, Q.C., for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

ESTEY J.—We do not need to call upon you Messrs. Stewart and Charney. We are all of the view that there is no error in the disposition of this appeal by the Court of Appeal for Ontario. Accordingly the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Cohen, Melnitzer, London.

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

Solicitor for the intervener: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Dale Patrick Graham *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. GRAHAM

^b

N° du greffe: 19417.

1988: 2 février.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé.

^c

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

Droit criminel — Verdict imposé — Pourvoi de plein droit — Aucune erreur dans la décision de la Cour d'appel.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 20 C.C.C. (3d) 210, 10 O.A.C. 2, qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public, infirmé l'acquiescement et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Michael Thompson, pour l'appellant.

^f *James K. Stewart* et *Robert E. Charney*, pour l'intimée.

Graham H. Garton, c.r., pour l'intervenant.

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

^h LE JUGE ESTEY—M^{es} Stewart et Charney, il n'est pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas commis d'erreur en rendant sa décision en l'espèce. Le pourvoi est en conséquence rejeté.

Jugement en conséquence.

ⁱ *Procureurs de l'appellant: Cohen, Melnitzer, London.*

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

^j *Procureur de l'intervenant: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

Town of Côte Saint-Luc *Appellant*

v.

Gershon Stern and Zalman Stern
Respondents

and

Montreal Urban Community *Mis en cause*

INDEXED AS: CÔTE SAINT-LUC (TOWN OF) v. STERN

File No.: 18901.

1988: February 3.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and
L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Municipal law — Business tax — Entry of an
immoveable on the roll of rental value — Complaint —
Jurisdiction of the Board of Revision of the Real Estate
Assessment of Quebec.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court
of Appeal, J.E. 84-446, allowing in part an appeal
from a judgment of Décarv Prov. Ct. J., rendered
October 30, 1980, dismissing the respondents'
appeal from the decision of the Board of Revision
of the Real Estate Assessment rendered December
2, 1975. Appeal allowed.

David Kirshenblatt, Q.C., for the appellant.

Georges R. Thibaudeau, for the respondents.

Gérard Beaupré, Q.C., and *Marie Charest*, for
the mis en cause.

English version of the judgment of the Court
delivered orally by

BEETZ J.—My brother Justice Lamer will deliv-
er the Court's judgment.

LAMER J.—The jurisdiction of the Board of
Revision of the Real Estate Assessment of Quebec
to decide complaints before it was raised in this
Court for the first time.

This Court therefore does not have the benefit
of the Court of Appeal and Provincial Court judg-
ments on this aspect of the matter. Moreover, had
this argument been raised sooner, it would have

Cité de Côte Saint-Luc *Appelante*

c.

Gershon Stern et Zalman Stern *Intimés*

a

et

Communauté urbaine de Montréal *Mise en
cause*

b

RÉPERTORIÉ: CÔTE SAINT-LUC (CITÉ DE) c. STERN

N° du greffe: 18901.

1988: 3 février.

c

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest et
L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d

*Droit municipal — Taxe d'affaires — Inscription
d'un immeuble au rôle de la valeur locative — Plainte
— Compétence du Bureau de révision de l'évaluation
foncière du Québec.*

e

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
du Québec, J.E. 84-446, qui a accueilli en partie
l'appel interjeté contre un jugement de la Cour
provinciale du 30 octobre 1980 par lequel le juge
Décarv rejetait l'appel des intimés à l'encontre de
la décision du Bureau de révision de l'évaluation
foncière rendue le 2 décembre 1975. Pourvoi
accueilli.

g

David Kirshenblatt, c.r., pour l'appelante.

Georges R. Thibaudeau, pour les intimés.

Gérard Beaupré, c.r., et *Marie Charest*, pour la
mise en cause.

h

Le jugement de la Cour a été rendu oralement
par

f

LE JUGE BEETZ—Mon collègue le juge Lamer
va rendre le jugement de la Cour.

i

LE JUGE LAMER—La compétence du Bureau de
révision de l'évaluation foncière du Québec pour
statuer sur les plaintes devant lui est soulevée pour
la première fois devant cette Cour.

j

Il en résulte que nous n'avons pas sur cet aspect
de l'affaire le bénéfice des jugements de la Cour
d'appel et de la Cour provinciale. De plus, si ce
moyen avait été soulevé plus tôt, il n'eût été que

been only fair to allow the Board of Revision of the Real Estate Assessment of Quebec to intervene in order to defend its jurisdiction.

In view of the fact that the proceedings in the instant case began over twelve years ago, we all consider that it would not be in the interests of justice to postpone the hearing in order to allow the Board to intervene and defend its jurisdiction, still less to refer the matter back to the Court of Appeal for it to hear the case and rule on this aspect of the appeal.

In light of these circumstances, we all consider that this appeal should be disposed of as follows.

Assuming without deciding the point that the Board of Revision of the Real Estate Assessment of Quebec had the required jurisdiction to decide complaints before it, we all essentially concur in the reasons and findings of Decary Prov. Ct. J. This appeal should be allowed accordingly, with costs throughout in favour of the Town of Côte Saint-Luc.

The judgment of the Provincial Court affirming the decision of the Board of Revision of the Real Estate Assessment of Quebec to dismiss the complaints is restored.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Kirshenblatt & Crestohl, Montréal.

Solicitors for the respondents: MacKenzie, Gervais, Montréal.

Solicitors for the mis en cause: Beaupré, Trudeau, Montréal.

juste de permettre au Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec d'intervenir pour défendre sa compétence.

^a Eu égard au fait que les procédures dans cette affaire ont débuté il y a déjà plus de douze ans, nous sommes tous d'avis qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'ordonner que l'audition soit reportée pour permettre au Bureau d'intervenir et ^b de défendre sa compétence, encore moins de retourner le dossier en Cour d'appel pour qu'elle soit saisie et se prononce sur cet aspect du pourvoi.

^c C'est en regard de ces circonstances que nous sommes tous d'avis de disposer de ce pourvoi comme suit:

^d Tenant pour acquis sans pour autant en décider que le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec avait la compétence voulue pour statuer sur les plaintes devant lui, nous sommes tous d'accord pour l'essentiel avec les motifs et les conclusions du juge Décary de la Cour provinciale. Ce pourvoi est donc accueilli, avec dépens dans toutes ^e les cours en faveur de la Cité de Côte Saint-Luc.

^f Le jugement de la Cour provinciale confirmant la décision du Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec de rejeter les plaintes est rétabli.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Kirshenblatt & Crestohl, Montréal.

^g *Procureurs des intimés: MacKenzie, Gervais, Montréal.*

Procureurs de la mise en cause: Beaupré, Trudeau, Montréal.

Florence T. LeBlanc *Appellant*

v.

Jean-Marie LeBlanc *Respondent*

INDEXED AS: LEBLANC v. LEBLANC

File No.: 19952.

1987: November 30; 1988: February 11.

Present: Estey, McIntyre, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Family law — Matrimonial property — Division — Acquisition and preservation of marital property resulting almost exclusively from wife's efforts — No significant contribution by husband to child care, household management and financial provision — Proper exercise of trial judge's discretion to depart from the general principle of equal division of marital property — Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1, ss. 2, 7.

The parties divorced after 26 years of marriage. Appellant had acquired a restaurant and, with hard work and the help of her children, successfully expanded the business which, for some years, provided the major part of the family income. Later, she was able to buy a house, a summer cottage and a car, all of which were registered in her name. The respondent worked regularly in the earlier years of the marriage but later only at occasional odd jobs. He was an alcoholic and drank heavily on a daily basis. On the application for a division of property under the New Brunswick *Marital Property Act*, the trial judge found that, apart from a contribution of \$1,000 towards the purchase of the house and some occasional assistance to the appellant in the operation of her business, the respondent had virtually contributed nothing by way of child care, household management and financial provision during the marriage. He concluded that, in the present circumstances, the respondent was not entitled to an equal share of the marital property and awarded him the sum of \$6,000. The Court of Appeal set aside the trial judge's order. The Court held that it was inconceivable that the husband had not performed during the marriage "useful deeds", and that any contribution to the fulfillment of the spouses' joint responsibilities entitles each spouse to an equal share in the marital assets independent of the degree and quality of the contribution.

Florence T. LeBlanc *Appelante*

c.

Jean-Marie LeBlanc *Intimé*^a RÉPERTORIÉ: LEBLANC c. LEBLANC

N° du greffe: 19952.

1987: 30 novembre; 1988: 11 février.

^b Présents: Les juges Estey, McIntyre, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

^c *Droit de la famille — Biens matrimoniaux — Répartition — Acquisition et préservation des biens matrimoniaux dues presque exclusivement au travail de la femme — Aucune contribution significative du mari aux soins des enfants, à la gestion domestique ni en matière d'apport financier — Exercice bien fondé du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de s'écarter du principe général de la répartition égale des biens matrimoniaux — Loi sur les biens matrimoniaux, L.N.-B. 1980, chap. M-1.1, art. 2, 7.*

^e Les parties ont divorcé après 26 ans de mariage. L'appelante a acheté un restaurant et, à force de travail acharné et grâce à l'aide de ses enfants, elle est parvenue à donner de l'expansion à l'entreprise qui, durant plusieurs années, a fourni la majeure partie du revenu familial. Par la suite, elle est parvenue à acheter une maison, un chalet d'été et une voiture qui, tous, ont été mis à son nom. L'intimé, s'il a travaillé régulièrement au cours des premières années du mariage, n'a plus travaillé par la suite qu'occasionnellement. C'était un alcoolique qui buvait beaucoup et tous les jours. Lors de la demande de répartition des biens en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux* du Nouveau-Brunswick, le juge de première instance a constaté que, à part une contribution de 1 000 \$ à l'achat de la maison et d'une aide occasionnelle apportée à l'appelante dans l'exploitation de son entreprise, l'intimé n'avait virtuellement pas contribué aux soins des enfants, à la gestion domestique ni fait aucun apport financier au cours du mariage. Il a conclu que, dans ces circonstances, l'intimé n'avait pas droit à une part égale des biens matrimoniaux et il ne lui a octroyé que 6 000 \$. La Cour d'appel a annulé l'ordonnance du juge de première instance. Elle a jugé qu'il était inconcevable que le mari n'ait accompli au cours du mariage aucun «acte utile» et que toute contribution à la satisfaction des responsabilités communes des conjoints donne à chacun des conjoints droit à une part égale de l'actif familial, sans égard au degré et à la qualité de cette contribution.

Held: The appeal should be allowed.

Under s. 7 of the *Marital Property Act*, the court hearing the case may depart from the general principle of equal division of marital property established in s. 2 of the Act where it is of the opinion that an equal division would be inequitable having regard to a number of factors set out in s. 7, including the “(f) . . . circumstances relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, improvement or use of property . . .” This does not mean that a court should put itself in the position of making fine distinctions regarding the respective contributions of the spouses during a marriage. But where the property has been acquired exclusively or almost wholly through the efforts of one spouse and where there has been no, or a negligible, contribution to child care, household management or financial provision by the other, then, there are circumstances relating to the acquisition, maintenance and improvement of property that entitle a court to exercise its discretion under s. 7(f). This was such a case and the trial judge made no error in exercising his discretion as he did.

Cases Cited

Referred to: *Silverstein v. Silverstein* (1978), 20 O.R. (2d) 185; *Leatherdale v. Leatherdale*, [1982] 2 S.C.R. 743.

Statutes and Regulations Cited

Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1, ss. 2, 3, 7.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1986), 68 N.B.R. (2d) 325, 25 D.L.R. (4th) 613, 1 R.F.L. (3d) 159, 175 A.P.R. 325, setting aside an order of Creaghan J. (1984), 54 N.B.R. (2d) 388, 140 A.P.R. 388, made pursuant to the *Marital Property Act*. Appeal allowed.

James C. Letcher, for the appellant.

Michel C. Léger, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—In this case, the appellant wife, Florence Theresa LeBlanc, brought an action for divorce against her husband, Jean-Marie LeBlanc, and an application for a division of property under

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

En vertu de l'art. 7 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, le tribunal saisi de l'affaire est autorisé à s'écarter du principe général de la répartition égale des biens matrimoniaux établi par l'art. 2 de la Loi lorsqu'il est d'avis qu'une répartition égale serait inéquitable, compte tenu d'un certain nombre de facteurs énoncés à l'art. 7, y compris les «f) . . . circonstances liées à l'acquisition, l'aliénation, la préservation, l'entretien, l'amélioration ou l'utilisation des biens . . .» Cela ne signifie pas que le tribunal doit se placer dans une situation où il en viendrait à opérer des distinctions subtiles entre les contributions respectives des conjoints au cours du mariage. Mais lorsque les biens ont été acquis exclusivement ou presque grâce au travail de l'un des conjoints et que l'autre n'a fait aucune contribution ou une contribution négligeable aux soins des enfants, à la gestion domestique ou en matière d'apport financier, ce sont là des circonstances liées à l'acquisition, à la préservation, à l'entretien et à l'amélioration des biens qui autorisent le tribunal à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'al. 7f). C'est le cas en l'espèce et le juge de première instance n'a commis aucune erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire comme il l'a fait.

e Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Silverstein v. Silverstein* (1978), 20 O.R. (2d) 185; *Leatherdale c. Leatherdale*, [1982] 2 R.C.S. 743.

f Lois et règlements cités

Loi sur les biens matrimoniaux, L.N.-B. 1980, chap. M-1.1, art. 2, 3, 7.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1986), 68 R.N.-B. (2^e) 325, 25 D.L.R. (4th) 613, 1 R.F.L. (3d) 159, 175 A.P.R. 325, qui annulait une ordonnance du juge Creaghan (1984), 54 R.N.-B. (2^e) 388, 140 A.P.R. 388, rendue conformément à la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Pourvoi accueilli.

James C. Letcher, pour l'appelante.

Michel C. Léger, pour l'intimé.

i Version française du jugement de la Cour rendu par

j LE JUGE LA FOREST—Dans cette affaire, l'épouse appelante, Florence Theresa LeBlanc, a intenté une action en divorce contre son mari, Jean-Marie LeBlanc, et a demandé une répartition

the New Brunswick *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1. The divorce was granted and no appeal is taken from that decision. This appeal is concerned solely with the division of property under the *Marital Property Act*.

Facts

The parties were married in 1957 when the wife was pregnant with their first child. The husband was then seventeen and the wife, sixteen. Seven children were born in the first eight years of the marriage.

The husband worked fairly regularly for the first four or five years of the marriage. Subsequently, he worked only at occasional odd jobs. He was an alcoholic and drank heavily on a daily basis. He took virtually no part in the bringing up of the children.

The wife worked from time to time in the early years of the marriage, but the family lived largely on welfare until the youngest child was born in 1965. Shortly thereafter, the wife began working full time at a take-out restaurant, working a 3 p.m. to 3 a.m. shift. Eventually, she took out a loan for \$12,000 and bought the restaurant. By dint of hard work and the help of the children, she was able to expand the business, which for some years has provided the major part of the family's income. The husband's participation in the business over the years consisted in occasionally running errands and aiding in contractual arrangements for the purchase of delivery vehicles and repairs.

In 1975, the wife bought a house for the family, which was and remains in her name. She and her husband contributed \$1,000 each to the down payment. The rest of the purchase price was borrowed. The loan was paid in installments out of income from the restaurant. Some time later, the wife purchased land upon which a cottage was built. The husband contributed to the building of the cottage by participating in the supervision and hiring of workers and seeing to the landscaping,

des biens en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux* du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1980, chap. M-1.1. Le divorce a été accordé sans qu'aucun appel ne soit formé contre cette décision. Le pourvoi ne porte que sur la répartition des biens en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux*.

Les faits

Lorsque les parties se sont mariées en 1957, l'épouse était enceinte de leur premier enfant. Elle avait alors seize ans et le mari dix-sept. Ils ont eu sept enfants au cours des huit premières années du mariage.

Le mari a travaillé assez régulièrement au cours des quatre ou cinq premières années du mariage. Par la suite, il n'a plus travaillé qu'occasionnellement. C'était un alcoolique qui buvait beaucoup et tous les jours. Il n'a pris pour ainsi dire aucune part à l'éducation des enfants.

L'épouse a travaillé occasionnellement au cours des premières années du mariage, mais la famille a vécu surtout des prestations du bien-être social jusqu'à la naissance du plus jeune des enfants, en 1965. Peu après, l'épouse a trouvé un emploi à temps complet dans un restaurant-comptoir de mets à emporter, où elle travaillait dans l'équipe de 15 h à 3 h. En fin de compte, elle a emprunté 12 000 \$ et elle a acheté le restaurant. À force de travail acharné et avec l'aide de ses enfants, elle est parvenue à donner de l'expansion à l'entreprise qui, depuis quelques années, fournit la majeure partie du revenu familial. La participation du mari à l'entreprise au cours des années s'est limitée à faire des courses à l'occasion et à apporter son aide lors de la conclusion de contrats pour l'achat de véhicules de livraison et pour faire faire des réparations.

En 1975, l'épouse a acheté une maison pour la famille, qu'elle a mise et qui est toujours à son nom. Son mari et elle ont versé chacun 1 000 \$ comme acompte. Le reste du prix d'achat a été emprunté. Le prêt a été remboursé par versements, prélevés sur les revenus du restaurant. Quelque temps après, l'épouse a acheté un terrain sur lequel un chalet a été construit. Le mari a contribué à sa construction en participant à la supervision des ouvriers, qu'il a aussi engagés, et en voyant à

fencing and planting of trees. The wife at some time purchased a new automobile which was and is registered in her name.

The Courts Below

The overall finding of the trial judge, Creaghan J., was that the husband “made no contribution to child care, that he made no contribution to household management, and in fact he made no financial contribution to the family in any way, shape or form”: (1984), 54 N.B.R. (2d) 388, at p. 393. Consequently, he held that “adequate and sufficient grounds have been established for an unequal division of the family assets”. He was “unable to find that the respondent is entitled to any percentage of the family assets”. Later in his judgment, however, he recognized that the husband “did in fact contribute \$1,000 towards the purchase price of the dwelling” and that “[i]n addition and since then he has been of assistance to the petitioner in the operation of her business . . . particularly when from time to time it was necessary to purchase vehicles and also when it was necessary to negotiate contracts for the repairs of the business premises”. As “compensation”, the trial judge ordered that the husband be paid the “arbitrary” sum of \$6,000.

A majority of the New Brunswick Court of Appeal (Rice and Angers J.J.A., Hoyt J.A. dissenting) (1986), 68 N.B.R. (2d) 325 overturned the decision of the trial judge, finding at p. 329 that there was

some type of communication between the spouses as seven children were born and raised . . . and during the last eight years of the marriage they vacationed in California and Florida together; the expense of one of those trips was paid partly by the husband. It is inconceivable that during this lengthy period there were no communications between the husband and his children so as to negate any fatherly advice, generosity, and love or aid and other useful deeds inherent to child care, household management and even financial provision.

l’aménagement du jardin, à l’érection de clôtures et à la plantation des arbres. L’épouse a acheté à un moment donné une nouvelle automobile qui a été, et est toujours, immatriculée à son nom.

^a Les tribunaux d’instance inférieure

La conclusion globale du juge de première instance, le juge Creaghan, porte que le mari [TRADUCTION] «n’a pas contribué au soin des enfants, qu’il n’a pas contribué à la gestion domestique et qu’en fait, il n’a apporté aucune contribution financière à la famille, de quelque façon que ce soit»: (1984), 54 R.N.-B. (2^e) 388, à la p. 393. Par conséquent, le juge a conclu qu’ [TRADUCTION] «il y a des motifs valables et suffisants pour que les biens matrimoniaux soient répartis en parts inégales». Il ajoute [TRADUCTION] «il ne m’est pas possible de conclure que l’intimé a droit à la moindre part des biens matrimoniaux». Néanmoins, plus loin dans son jugement, il reconnaît que le mari [TRADUCTION] «a effectivement fourni 1 000 \$ lors de l’achat de la maison» et que [TRADUCTION] «[d]e plus, depuis ce temps, il a fourni de l’aide à la requérante dans l’exploitation de son entreprise [. . .] en particulier lorsqu’il fallait acheter des véhicules et négocier des contrats pour la réparation des locaux de l’entreprise». À titre de «compensation», le juge de première instance a ordonné de verser au mari une somme fixée «arbitrairement» à 6 000 \$.

À la majorité composée des juges Rice et Angers, le juge Hoyt étant dissident, (1986), 68 R.N.-B. (2^e) 325, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a infirmé la décision du juge de première instance, jugeant à la p. 329 qu’il avait existé

^h [TRADUCTION] une certaine communication entre les conjoints puisque sept enfants sont nés de ce mariage et ont été élevés [. . .] et que durant les huit dernières années du mariage, ils ont passé leurs vacances ensemble en Californie et en Floride; les dépenses d’un de ces ⁱ voyages ont été payées partiellement par le mari. Il est inconcevable que pendant cette longue période, il n’y ait eu aucune communication entre le mari et ses enfants qui permettrait d’affirmer qu’il n’a prodigué aucun conseil paternel, n’a fait preuve d’une générosité et d’amour et n’a posé aucun acte utile qui sont l’essence du soin des enfants, de la gestion domestique et même de l’apport financier. ^j

The court went on to hold that “[a]ny contribution to the fulfillment of [the spouses’] joint responsibilities entitles each spouse to an equal share in the marital assets independent of the degree and quality of the contribution” (p. 330).

In brief, despite the testimony of the children regarding the husband’s entire abdication of responsibility as a father, the majority in the Court of Appeal speculated that it was inconceivable that the husband had not performed “useful deeds”. Whatever these were, however, one should not overlook the trial judge’s finding that the husband contributed nearly nothing to the family over a period of twenty-six years. Most importantly, the majority in the Court of Appeal characterized the *Marital Property Act* as instituting a regime that leaves the trial judge with virtually no discretion to divide the marital property on anything other than an equal basis in situations like this.

Analysis

In my view, neither the words of the Act nor the authorities cited by the Court of Appeal support the restricted interpretation of the trial judge’s discretion adopted by the majority of the Court of Appeal. The words of the Act are not ambiguous. The relevant sections interact as follows. Section 2 is an interpretative provision in the nature of a preamble announcing the general framework and philosophy of the legislation. It reads:

2 Child care, household management and financial provision are joint responsibilities of spouses and are recognized to be of equal importance in assessing the contributions of the respective spouses to the acquisition, management, maintenance, operation or improvement of marital property; and subject to the equitable considerations recognized elsewhere in this Act the contribution of each spouse to the fulfillment of these responsibilities entitles each spouse to an equal share of the marital property and imposes on each spouse, in relation to the other, the burden of an equal share of the marital debts. [Emphasis added.]

The provisions of ss. 3 and 7, *inter alia*, work this framework out in detail. Section 3(1) states the practical effect of the principle set forth in s. 2: the

La cour poursuit en constatant que [TRADUCTION] «[t]oute contribution à la satisfaction de cette responsabilité commune [des conjoints] donne à chacun des conjoints droit à une part égale de l’actif familial, sans égard au degré et à la qualité de cette contribution» (pp. 330 et 331).

En bref, en dépit du témoignage des enfants portant que le mari avait totalement abdiqué ses responsabilités de père, la Cour d’appel, à la majorité, a présumé qu’il était inconcevable que le mari n’ait accompli aucun «acte utile». Quels qu’ils aient pu être, néanmoins, on ne devrait pas oublier que le juge de première instance a conclu que le mari n’avait quasiment fait aucune contribution à la famille pendant une période de vingt-six ans. Plus important, la majorité en Cour d’appel a déclaré que le régime instauré par la *Loi sur les biens matrimoniaux* ne laissait au juge de première instance virtuellement aucun pouvoir discrétionnaire de répartir les biens matrimoniaux autrement qu’en parts égales dans un cas comme celui-ci.

Analyse

À mon avis, ni le texte de la Loi ni la jurisprudence citée par la Cour d’appel n’appuient l’interprétation stricte du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance adoptée par la majorité en Cour d’appel. Le texte de la Loi n’est pas ambigu. Voici l’interaction des articles pertinents: l’art. 2 est une disposition d’interprétation, semblable à un préambule, annonçant la philosophie et le cadre généraux de la Loi. Le voici:

2 Le soin des enfants, la gestion domestique et l’apport financier sont la responsabilité commune des conjoints et sont considérés au même titre dans l’évaluation de leur contribution respective à l’acquisition, l’administration, l’entretien, l’exploitation ou l’amélioration des biens matrimoniaux et, compte tenu des considérations équitables que reconnaît la présente loi, la contribution de chaque conjoint à la satisfaction de ces responsabilités lui donne droit à une part égale des biens matrimoniaux tout en lui imposant vis-à-vis de l’autre une part égale du fardeau des dettes matrimoniales. [Je souligne.]

Les articles 3 et 7 précisent notamment ce cadre par leurs dispositions. Le paragraphe 3(1) énonce l’effet pratique du principe formulé à l’art. 2: les

marital property is to be divided equally on the breakdown of the marriage. Section 7, *inter alia*, spells out the circumstances in which the principle may be departed from or its consequences attenuated.

In common with similar provisions in other jurisdictions, s. 2 establishes the general principle that each spouse is entitled to an equal share of marital property. The principle is put into effect on the dissolution, nullity or breakdown of a marriage by s. 3(1). The principle must be respected. In applying that principle, courts are not permitted to engage in measurements of the relative contributions of spouses to a marriage. Nevertheless, it should not be overlooked that the principle is expressly made subject to the equitable considerations recognized elsewhere in the Act. Among these considerations are those spelled out in s. 7. That provision enables the court hearing the matter, notwithstanding ss. 2 and 3, to award unequal shares where it is of the opinion that an equal division would be inequitable having regard to a number of factors therein spelled out, including the residual consideration in s. 7(f), namely:

(f) any other circumstances relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, improvement or use of property rendering it inequitable for the division of marital property to be in equal shares.

While a court should, in the words of Galligan J. in *Silverstein v. Silverstein* (1978), 20 O.R. (2d) 185 (H.C.), at p. 200, "be loath to depart from [the] basic rule [of equal division]", it should nonetheless, as he indicates, exercise its power to do so "in clear cases where inequity would result, having regard to one or more of the statutory criteria set out in cls. (a) to (f)." This does not, as previously indicated, mean that a court should put itself in the position of making fine distinctions regarding the respective contributions of the spouses during a marriage. Nonetheless, where the property has been acquired exclusively or almost wholly through the efforts of one spouse and there has been no, or a negligible contribution to child care, household management or financial provision by the other, then, in my view, there are circumstances relating to the acquisition, maintenance

biens matrimoniaux seront répartis en parts égales à la dissolution du mariage. L'article 7 donne notamment les circonstances dans lesquelles le principe peut être écarté ou ses conséquences atténuées.

À l'instar des dispositions similaires dans d'autres ressorts, l'art. 2 établit le principe général que chaque conjoint a droit à une part égale des biens matrimoniaux. Le principe joue au moment de la dissolution, de l'annulation ou de l'échec du mariage, selon le par. 3(1). Le principe doit être respecté. En appliquant ce principe, les tribunaux ne sont pas autorisés à évaluer les contributions relatives des conjoints. Néanmoins, il ne faut pas oublier que le principe est expressément tempéré par les considérations équitables reconnues dans la Loi. Au nombre de celles-ci, il y a celles énoncées à l'art. 7. Cette disposition autorise le tribunal saisi de l'affaire, en dérogation aux art. 2 et 3, à octroyer des parts inégales lorsqu'il est d'avis qu'une répartition égale serait inéquitable, compte tenu d'un certain nombre de facteurs qui y sont énoncés, y compris la disposition résiduelle de l'al. 7f), savoir:

f) de toutes autres circonstances liées à l'acquisition, l'aliénation, la préservation, l'entretien, l'amélioration ou l'utilisation des biens qui rendraient inéquitable leur répartition en parts égales.

Quoiqu'un tribunal doive, pour reprendre ce qu'a dit le juge Galligan dans l'affaire *Silverstein v. Silverstein* (1978), 20 O.R. (2d) 185 (H.C.), à la p. 200, [TRADUCTION] «ne s'écarter qu'avec hésitation de [la] règle de base [de la répartition en parts égales]», il devrait néanmoins, comme il l'indique, exercer son pouvoir de le faire [TRADUCTION] «dans les cas manifestes où il en résulterait une inéquité, compte tenu de l'un ou de plusieurs des critères légaux énoncés aux clauses a) à f).» Cela ne signifie pas, comme on l'a déjà dit, que le tribunal doit se placer dans une situation où il en viendrait à opérer des distinctions subtiles entre les contributions respectives des conjoints au cours du mariage. Néanmoins, lorsque les biens ont été acquis exclusivement ou presque grâce au travail de l'un des conjoints et que l'autre n'a fait aucune contribution ou une contribution négligeable aux

and improvement of property that entitle a court to exercise its discretion under s. 7(f).

This is such a case. While the trial judge found that the husband did contribute \$1,000 as part of the down payment of the matrimonial home, and was from time to time of some assistance in the operation of the wife's business, his overall findings are sufficient to warrant the exercise of his discretion. Without entering into details, he found the husband's drinking was "to say the least excessive, continuous and persistent". All the assets were in the wife's name, and these had been "earned entirely by her labour, with a great deal of assistance of her children when they were old enough to enter the labor force"; "... the husband made no contribution to child care, ... to household management, and in fact he made no financial contribution to the family in any way, shape or form".

Counsel for the husband referred to a number of cases which he contended supported his point of view. However, an examination of these fails to convince. Thus counsel enlists this Court's decision in *Leatherdale v. Leatherdale*, [1982] 2 S.C.R. 743, in which, indeed, the Court held, at p. 759, that a "substantial" contribution need be no more than "beyond *de minimis*, a matter of the evidence in the particular case", in order for the general rule of equal distribution to apply. This, however, is not controverted. The question here is whether, on facts such as those in this case, the circumstances are such as to permit a court to exercise its discretion under s. 7(f) to depart from the general rule. In *Leatherdale* itself, this Court implicitly gave this question a positive answer. The Court, at p. 757, felt obliged to distinguish, without disapproving, a series of cases, including *Silverstein v. Silverstein*, *supra*, in all of which one spouse had "carried the larger share of the joint responsibilities", warranting a larger share of the family assets.

soins des enfants, à la gestion domestique ou en matière d'apport financier, alors, à mon sens, il existe des circonstances liées à l'acquisition, à l'entretien et à l'amélioration des biens qui permettent à un tribunal d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'al. 7f).

C'est le cas en l'espèce. Quoique le juge de première instance ait constaté que le mari avait fourni 1 000 \$ de l'acompte versé pour le foyer matrimonial et qu'il a, à l'occasion, fourni un peu d'aide à l'entreprise de l'épouse, ses conclusions globales suffisent à justifier l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Sans entrer dans les détails, il a jugé que le mari buvait [TRADUCTION] «de façon excessive, continuelle et persistante». Tous les biens étaient au nom de la femme qui avait [TRADUCTION] «acquis cet actif uniquement par son travail, avec l'assistance de ses enfants qui l'ont beaucoup aidée quand ils ont été en âge de travailler»; «... le mari n'a pas contribué au soin des enfants, [...] à la gestion domestique et [...] en fait, il n'a apporté aucune contribution financière à la famille, de quelque façon que ce soit».

L'avocat du mari a cité de la jurisprudence qui, selon lui, appuie son point de vue. Cependant, à l'examen, cette jurisprudence n'est pas convaincante. Ainsi l'avocat invoque l'arrêt de cette Cour *Leatherdale c. Leatherdale*, [1982] 2 R.C.S. 743, où la Cour a effectivement déclaré, à la p. 759, qu'une contribution «substantiel[le]» n'a à être que «plus que minime, ce qui est une question de preuve dans chaque cas», pour que la règle générale de la répartition en parts égales s'applique. Cela n'est cependant pas contesté. En l'espèce, il faut déterminer si, en regard de faits comme ceux des présentes, les circonstances sont telles qu'elles autorisent un tribunal à s'écarter de la règle générale en exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'al. 7f). Dans l'arrêt *Leatherdale* lui-même, la Cour a implicitement répondu à cette question par l'affirmative. La Cour, à la p. 757, s'est sentie obligée de distinguer l'espèce d'avec plusieurs décisions, dont l'arrêt *Silverstein v. Silverstein*, précité, sans les désapprouver, où l'un des conjoints avait «assumé la majeure partie des charges communes», justifiant une part plus importante des biens matrimoniaux.

I have no difficulty concluding that the wife in this case is entitled to the lion's share of the marital property. Some problems, it is true, arise from the manner in which the trial judge stated his reasons. He did not explicitly rely on s. 7(f) and there is an apparent contradiction in his original statement that the husband had made absolutely no contribution to the family and his later holding that the husband should be "compensated" for the small contribution he did make. The judge also described the \$6,000 awarded to respondent as "compensation".

But these irregularities should not blind us to the essentials of what the trial judge determined. He clearly found, as a matter of fact, that the acquisition, preservation and improvement of the marital property resulted almost exclusively from the wife's efforts and that there was no significant contribution by the husband in child care, household management or financial provision. This, in his view, constituted sufficient grounds for the exercise of his discretion to depart from the usual rule of equal division. Nor does the trial judge's general description of the payment of \$6,000 to the husband as "compensation" make a difference. What the trial judge in fact did, correctly in my view, was to make a division of the marital property so as to avoid the inequity that would have resulted from an equal division, namely, \$6,000 to the husband and the remainder to the wife. Hoyt J.A. observed that this if anything appears to be generous to respondent. It is sufficient for me to say that in the circumstances the trial judge was entitled to exercise his discretion under s. 7(f) and that he made no error in exercising it as he did.

Disposition

I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge. The appellant is entitled to costs in this Court and in the Court of Appeal.

C'est sans difficulté que je conclus que l'épouse en l'espèce a droit à la part du lion des biens matrimoniaux. Il est vrai que la manière dont le juge de première instance a exposé ses motifs cause certains problèmes. Il ne s'est pas fondé expressément sur l'al. 7f) et il y a une contradiction apparente entre sa première affirmation, que le mari n'avait fait absolument aucune contribution à la famille, et sa conclusion ultérieure, que le mari avait droit à une «compensation» pour la petite contribution qu'il a effectivement faite. Le juge a qualifié les 6 000 \$ octroyés à l'intimé de «compensation».

Mais ces irrégularités ne devraient pas nous empêcher de voir l'essentiel de ce que le juge de première instance a constaté. Il a clairement jugé, comme question de fait, que l'acquisition, la préservation et les améliorations des biens matrimoniaux résultaient à peu près exclusivement du travail de l'épouse et qu'il n'y avait pas eu de contribution significative du mari aux soins des enfants, à la gestion domestique ni en matière d'apport financier. Cela, à son avis, constituait un motif suffisant pour qu'il s'écarte de la règle usuelle de la répartition en parts égales en exerçant son pouvoir discrétionnaire. Le fait que le juge de première instance ait qualifié du terme général de «compensation» le paiement de 6 000 \$ au mari importe peu. Ce que le juge de première instance a fait en réalité, à bon droit à mon avis, c'est répartir les biens matrimoniaux de manière à éviter l'inéquité qui aurait résulté d'une répartition en parts égales, savoir octroyer 6 000 \$ au mari et le reste à la femme. Le juge Hoyt fait observer que c'était là, à tout prendre, se montrer plutôt généreux envers l'intimé. Quant à moi, il me suffira de dire que, dans les circonstances, le juge de première instance était en droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'al. 7f) et qu'il n'a commis aucune erreur en l'exerçant comme il l'a fait.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge de première instance. L'appelante a droit aux dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Solicitor for the appellant: James C. Letcher,
Moncton.*

*Procureur de l'appelante: James C. Letcher,
Moncton.*

*Solicitor for the respondent: Michel C. Léger, ^a
Shediac.*

*Procureur de l'intimé: Michel C. Léger,
Shediac.*

William Godin, Réginald Devost, Donald Dionne and Rhéal Lizotte *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GODIN

File No.: 19294.

*1987: March 30.

*Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

**Re-hearing: 1988: January 27; 1988: February 11.

**Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Discharge of firearm to prevent arrest — Gunfire exchanged between accused and Forest Service officers — Rights and powers of Forest Service officers uncertain at the time of the incident five years ago — Interests of justice best served by restoring the acquittals.

Held: The appeal should be allowed.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1985), 62 N.B.R. (2d) 91, 161 A.P.R. 91, allowing the Crown's appeal from the acquittals of the accused on a charge of intentionally discharging a firearm in an attempt to prevent arrest contrary to s. 228(c) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Maurice F. Bourque, for the appellants.

Graham J. Sleeth, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—There were acquittals at trial on the principal offence of discharging a firearm with intent to avoid arrest. The acquittals were overturned on appeal and a new trial ordered: (1985), 62 N.B.R. (2d) 91, 161 A.P.R. 91. The Court of Appeal found error in the directions, relating to included offences, which were given to the jury by the trial judge. Assuming without deciding that such error existed, we are nevertheless of the view that in light of the uncertainty concerning the

William Godin, Réginald Devost, Donald Dionne et Rhéal Lizotte *Appelants*

c.

^a **Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GODIN

N° du greffe: 19294.

^b *1987: 30 mars.

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

**Nouvelle audition: 1988: 27 janvier; 1988: 11 février.

^c **Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

^d *Droit criminel — Décharge d'une arme à feu pour empêcher une arrestation — Échange de coup de feu entre les accusés et les gardes forestiers — Droits et pouvoirs des gardes forestiers incertains au moment de l'incident il y a cinq ans — Le rétablissement des acquittements sert mieux les intérêts de la justice.*

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1985), 62 R.N.-B. (2^e) 91, 161 A.P.R. 91, qui a accueilli l'appel du ministère public à l'encontre des acquittements des accusés relativement à l'accusation d'avoir déchargé une arme à feu dans l'intention d'empêcher une arrestation contrairement à l'al. 228c) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Maurice F. Bourque, pour les appelants.

Graham J. Sleeth, pour l'intimée.

^h Version française du jugement rendu par

ⁱ LA COUR—Des acquittements ont été prononcés en première instance relativement à l'infraction principale d'avoir déchargé une arme à feu dans l'intention d'empêcher une arrestation. Ces acquittements ont été infirmés en appel et un nouveau procès a été ordonné: (1985), 62 R.N.-B. (2^e) 91, 161 A.P.R. 91. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury relativement aux infractions incluses. Si l'on présume, sans pour autant en

rights and powers of the Forest Service officers at the time - a matter which was not canvassed in the Court of Appeal - and in light also of the fact that a period in excess of five years has elapsed since the events giving rise to the charge occurred, the interests of justice will be best served by allowing the appeal and restoring the acquittals.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Charest, Bourque & Cyr, Edmundston.

Solicitor for the respondent: Graham J. Sleeth, Fredericton.

décider, qu'il y a eu une erreur, nous sommes néanmoins d'avis que, vu que les droits et pouvoirs des gardes forestiers étaient incertains à ce moment-là, question que la Cour d'appel n'a pas examinée, et également que plus de cinq ans se sont écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à l'accusation, les intérêts de la justice seront mieux servis si le pourvoi est accueilli et les acquittements rétablis.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Charest, Bourque & Cyr, Edmundston.

Procureur de l'intimée: Graham J. Sleeth, Fredericton.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Kenneth Allen Green *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GREEN

File No.: 19996.

1987: December 1; 1988: February 11.

Present: Estey, McIntyre, Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Sexual assault — Similar fact evidence — Respondent charged with sexual assault on a minor — Evidence coming from children other than complainant — Whether such evidence admissible.

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

Per McIntyre, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The similar fact evidence was admissible to show a system adopted by respondent. Its probative force was sufficient to outweigh any prejudicial effect on respondent.

Per Estey and Lamer JJ. (dissenting): There is substantial agreement with the majority of the Court of Appeal that when applied to the fact of this case the evidence was inadmissible.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1986), 42 Man. R. (2d) 81, allowing an appeal by respondent and entering an acquittal on a charge of sexual assault. Appeal allowed, Estey and Lamer JJ. dissenting.

David Rampersad, Q.C., for the appellant.

Robert L. Pollack, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

ESTEY AND LAMER JJ. (dissenting)—This appeal comes to us as of right. We are in substantial agreement with the exposition by the majority of the Court of Appeal of the rules of law applicable in this appeal and with the result they arrive at when they are applied to the facts of this case.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Kenneth Allen Green *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. GREEN

N° du greffe: 19996.

1987: 1^{er} décembre; 1988: 11 février.

b

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve de faits similaires — Intimé accusé d'agression sexuelle contre une mineure — Preuve provenant d'enfants autres que la plaignante — Une telle preuve est-elle admissible?

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

Les juges McIntyre, La Forest et L'Heureux-Dubé: La preuve de faits similaires est admissible pour démontrer l'existence d'un système adopté par l'intimé. Sa force probante est suffisante pour l'emporter sur tout effet préjudiciable à l'égard de l'intimé.

Les juges Estey et Lamer (dissidents): Un accord est donné en substance à l'arrêt de la Cour d'appel rendu à la majorité selon lequel la preuve est inadmissible lorsqu'on l'applique aux faits de l'espèce.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1986), 42 Man. R. (2d) 81, qui a accueilli l'appel de l'intimé et a inscrit un acquittement relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli, les juges Estey et Lamer sont dissidents.

David Rampersad, c.r., pour l'appelante.

Robert L. Pollack, pour l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES ESTEY ET LAMER (dissidents)—Nous sommes saisis de ce pourvoi de plein droit. Nous sommes en substance d'accord avec l'exposé que la Cour d'appel à la majorité a fait des principes de droit applicables en l'espèce et avec le résultat auquel elle arrive quand elle les applique aux faits de cette affaire.

We would accordingly dismiss this appeal.

The judgment of McIntyre, La Forest and L'Heureux-Dubé was delivered by

MCINTYRE J.—The respondent in this appeal was convicted at trial of sexual assault upon a young girl. His appeal to the Manitoba Court of Appeal (Monnin C.J.M., Philp and Twaddle J.J.A.) was allowed, Monnin C.J.M. dissenting: (1986), 42 Man. R. (2d) 81. The only issue argued before us concerned the admission at trial of similar fact evidence, which came from children other than the complainant concerning the respondent's behaviour with them. This evidence was admissible to show a system adopted by the respondent, and its probative force was sufficient to outweigh any prejudicial effect upon the respondent. In my opinion, no error was made by the trial judge in its admission and I would allow the appeal and restore the conviction.

Appeal allowed, ESTEY and LAMER JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Skwark, Myers, Kussin, Weinstein, Winnipeg.

Nous sommes d'avis de rejeter ce pourvoi.

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

LE JUGE MCINTYRE—L'intimé en l'espèce a été déclaré coupable au procès d'agression sexuelle contre une jeune fille. Son appel à la Cour d'appel du Manitoba, composée du juge en chef du Manitoba Monnin et des juges Philp et Twaddle, a été accueilli avec une dissidence du juge en chef Monnin: (1986), 42 Man. R. (2d) 81. La seule question plaidée devant nous a trait à l'admission au procès de la preuve de faits similaires qui provenait d'enfants autres que la plaignante relativement à la conduite de l'intimé avec eux. Cette preuve était admissible pour démontrer l'existence d'un système adopté par l'intimé et sa force probante était suffisante pour l'emporter sur tout effet préjudiciable à l'égard de l'intimé. À mon avis, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en l'acceptant et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli, les juges ESTEY et LAMER sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Skwark, Myers, Kussin, Weinstein, Winnipeg.

Bonnie Miller *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MILLER

File No.: 19678.

1988: February 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Legality of arrest — Whether the Court of Appeal erred in holding that the police officers were acting within the scope of their authority when they entered the private dwelling — Appeal as of right.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1986), 25 C.C.C. (3d) 554, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

Silas E. Halyk, Q.C., and Jay Watson, for the appellant.

Kenneth W. MacKay, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal as of right. We find no error on the part of the Court of Appeal and dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Halyk, Brent & Dovell, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice for Saskatchewan, Regina.

Bonnie Miller *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. MILLER

N° du greffe: 19678.

1988: 23 février.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

^c *Droit criminel — Légalité de l'arrestation — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que les policiers agissaient dans le cadre de leur pouvoir lorsqu'ils ont pénétré dans la maison d'habitation? — Pourvoi de plein droit.*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1986), 25 C.C.C. (3d) 554, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de l'acquittement de l'accusée ^e relativement à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

Silas E. Halyk, c.r., et Jay Watson, pour l'appelante.

^f *Kenneth W. MacKay, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi nous est soumis de plein droit. Comme nous sommes d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur, nous rejetons le pourvoi.

^h *Jugement en conséquence.*

Procureurs de l'appelante: Halyk, Brent & Dovell, Saskatoon.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice de la Saskatchewan, Regina.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jean-Claude Lévesque *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LÉVESQUE

File No.: 19897.

1988: February 24.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to the jury — Prior inconsistent statements — Whether trial judge's directions to the jury sufficient.

Appeal — Appeal as of right — Cross-appeal — Supreme Court Rules, s. 29.

Statutes and Regulations Cited

Supreme Court Rules, SOR/83-74, s. 29.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 1586, allowing the accused's appeal against a conviction on a charge of conspiracy and mischief. Appeal dismissed.

Jacques Casgrain, for the appellant.

Guy Bertrand and *Isabelle Hudon*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

BEETZ J.—My brother Justice Lamer will deliver the Court's judgment.

LAMER J.—With respect to Mr. Bertrand's two motions based on s. 29 of the *Supreme Court Rules* for an extension of time and a cross-appeal, we do not need to hear you Mr. Casgrain. We are all of the view that they must be dismissed.

We do not need to hear you on the merits Mr. Bertrand.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Jean-Claude Lévesque *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LÉVESQUE

N° du greffe: 19897.

1988: 24 février.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Directives au jury — Déclarations antérieures incompatibles — Les directives du juge au jury étaient-elles suffisantes?

Appel — Pourvoi de plein droit — Pourvoi incident — Règles de la Cour suprême, art. 29.

Lois et règlements cités

Règles de la Cour suprême, DORS/83-74, art. 29.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 1586, qui a accueilli un appel interjeté par l'accusé relativement à un verdict de culpabilité de complot et de méfait. Pourvoi rejeté.

Jacques Casgrain, pour l'appelante.

Guy Bertrand et *Isabelle Hudon*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE BEETZ—Mon collègue le juge Lamer va rendre le jugement de la Cour.

LE JUGE LAMER—En ce qui a trait aux deux requêtes de M^e Bertrand fondées sur l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême*, aux fins d'étendre les délais et pour formuler un appel incident, il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Casgrain. Nous sommes tous d'avis qu'elles doivent être rejetées.

Il ne sera pas, quant au fond, nécessaire de vous entendre M^e Bertrand.

The Court was not shown that the Court of Appeal erred in law when it found that the trial judge's directions to the jury were not sufficient in the case at bar. We are all of the view that the appeal should be dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Jacques Casgrain, Québec.

Solicitors for the respondent: Tremblay, Bertrand, Bois, Mignault, Duperrey & Lemay, Ste-Foy.

Il ne nous a pas été démontré que la Cour d'appel a erré en droit en estimant que les explications du juge d'assises étaient, eu égard à l'espèce, insuffisantes. Nous sommes tous d'avis de rejeter
^a ce pourvoi.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Jacques Casgrain, Québec.

^b *Procureurs de l'intimé: Tremblay, Bertrand, Bois, Mignault, Duperrey & Lemay, Ste-Foy.*

Marc Bédard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BÉDARD

File No.: 19861.

1988: February 24.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Defence — Self-defence — Trial judge's directions to the jury — Whether the Court of Appeal erred in law — Appeal as of right.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 1464, dismissing the accused's appeal against a conviction on a charge of manslaughter and allowing an appeal against the sentence. Appeal dismissed.

Lawrence Corriveau, Q.C., for the appellant.

Michel Bouchard, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

BEETZ J.—Mr. Corriveau could not convince us that the Court of Appeal erred.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Corriveau, Corriveau & Associés, Québec.

Solicitor for the respondent: Michel Bouchard, Québec.

Marc Bédard *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a RÉPERTORIÉ: R. c. BÉDARD

N° du greffe: 19861.

1988: 24 février.

^b Présents: Les juges Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c *Droit criminel — Défense — Légitime défense — Directives du juge au jury — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit? — Pourvoi de plein droit.*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 1464, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé relativement à un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable et accueilli un appel de la sentence. Pourvoi rejeté.

^e *Lawrence Corriveau, c.r.*, pour l'appellant.

Michel Bouchard, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

^f LE JUGE BEETZ—M^c Corriveau n'a pas réussi à nous convaincre que la Cour d'appel a erré.

Le pourvoi est rejeté.

^g *Jugement en conséquence.*

Procureurs de l'appellant: Corriveau, Corriveau & Associés, Québec.

^h *Procureur de l'intimée: Michel Bouchard, Québec.*

André Mercure *Appellant*

v.

The Attorney General for Saskatchewan
Respondent

and

The Fédération des francophones hors Québec, the Association canadienne-française de l'Alberta and the Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan
Interveners (principal parties)

and

The Attorney General for Alberta *Intervener*

and

Freedom of Choice Movement *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MERCURE

File No.: 19688.

1986: November 26, 27; 1988: February 25.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Continuance of laws — Saskatchewan Act — Language rights — Legislature and courts of Saskatchewan — Whether s. 110 of The North-West Territories Act continued to apply to Saskatchewan by virtue of the Saskatchewan Act — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, ss. 14, 16.

Constitutional law — Amendment of provincial constitution — Language rights — Legislature and courts of Saskatchewan — Whether rights derived from s. 110 of The North-West Territories Act can be modified unilaterally by Saskatchewan — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, s. 16 — Constitution Act, 1982, s. 45.

Constitutional law — Language rights — Saskatchewan statutes — Whether s. 110 of The North-West Territories Act requires Saskatchewan Legislature to

* Chouinard J. took no part in the judgment.

André Mercure *Appelant*

c.

Le procureur général de la Saskatchewan
a Intimé

et

La Fédération des francophones hors Québec, l'Association canadienne-française de l'Alberta et l'Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan
b Intervenantes (parties principales)

et

Le procureur général de l'Alberta *c Intervenant*

et

Le Mouvement de la liberté de choix
d Intervenant.

RÉPERTORIÉ: R. c. MERCURE

N° du greffe: 19688.

e 1986: 26, 27 novembre; 1988: 25 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

f EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Maintien en vigueur des lois — Loi sur la Saskatchewan — Droits linguistiques — Assemblée législative et tribunaux de la Saskatchewan — L'article 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest est-il toujours applicable à la Saskatchewan en vertu de la Loi sur la Saskatchewan? — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 14, 16.

h *Droit constitutionnel — Modification de la constitution de la province — Droits linguistiques — Assemblée législative et tribunaux de la Saskatchewan — Les droits qui découlent de l'art. 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest peuvent-ils être modifiés unilatéralement par la Saskatchewan? — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 16 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 45.*

i *Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Lois de la Saskatchewan — L'article 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest exige-t-il que l'Assemblée*

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

publish its laws in English and in French — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, ss. 14, 16.

Constitutional law — Language rights — Saskatchewan courts — Provincial offence — Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Saskatchewan courts — Content of right — The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 (am. S.C. 1891, c. 22, s. 18) — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, s. 16.

Criminal law — Provincial offence — Trial — Saskatchewan courts — Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Saskatchewan courts — Content of right — The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 (am. S.C. 1891, c. 22, s. 18) — Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, s. 16.

Appellant, charged with speeding under the Saskatchewan *Vehicles Act*, made an application in the Provincial Court to enter a plea in French, to have his trial proceeded with in that language, and to have the hearing delayed until the relevant provincial statutes could be produced in French. The application was based on s. 110 of *The North-West Territories Act* which provides that "Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Legislative Assembly of the Territories and in the proceedings before the courts; . . . and all ordinances made under the Act shall be printed in both those languages . . ." Appellant maintained that this provision still applies to the courts and the Legislature of Saskatchewan by virtue of s. 16 of the *Saskatchewan Act*. The Provincial Court judge denied appellant's application. He held that s. 110 of *The North-West Territories Act* was applicable to the Saskatchewan courts and entitled appellant to use the French language before the Provincial Court and to be provided with an interpreter. But he also held that appellant was not entitled to be provided with statutes printed in French because the requirement in s. 110 regarding the publication of laws was in terms restricted to the Territorial Assembly and had no application to the Saskatchewan Legislature. When asked to enter a plea, appellant indicated that he wished to stand mute. The trial judge entered a plea of not guilty and the trial was conducted entirely in English. No interpreter was present because appellant took the position that having an interpreter did not comply with s. 110 and that he could not defend himself without access to the relevant statutes printed in French. Appel-

législative de la Saskatchewan publie ses lois en français et en anglais? — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 14, 16.

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Tribunaux de la Saskatchewan — Infraction provinciale — L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de la Saskatchewan? — Contenu du droit — Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, chap. 50, art. 110 (mod. S.C. 1891, chap. 22, art. 18) — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 16.

Droit criminel — Infraction provinciale — Procès — Tribunaux de la Saskatchewan — L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de la Saskatchewan? — Contenu du droit — Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, chap. 50, art. 110 (mod. S.C. 1891, chap. 22, art. 18) — Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 16.

L'appelant, accusé d'avoir commis un excès de vitesse contrairement à *The Vehicles Act* de la Saskatchewan, a présenté une demande en Cour provinciale pour inscrire un plaidoyer en français, pour que son procès soit tenu dans cette langue et pour qu'il soit retardé jusqu'à ce qu'on puisse produire les lois provinciales pertinentes en français. La demande se fondait sur l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* selon lequel «Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice; [. . .] et toutes les ordonnances rendues sous l'empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues . . . » L'appelant a soutenu que cette disposition s'applique toujours aux tribunaux et à l'Assemblée législative de la Saskatchewan en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*. Le juge de la Cour provinciale a rejeté la demande de l'appelant. Il a conclu que l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* s'appliquait aux tribunaux de la Saskatchewan et que l'appelant avait le droit d'utiliser le français devant la Cour provinciale et le droit aux services d'un interprète. Toutefois, il a également conclu que l'appelant n'avait pas le droit d'obtenir les lois imprimées en français parce que l'exigence de l'art. 110 concernant la publication des lois était, par ses termes mêmes, limitée à l'Assemblée territoriale et ne s'appliquait pas à l'Assemblée législative de la Saskatchewan. Lorsqu'on a demandé à l'appelant d'inscrire un plaidoyer, il a indiqué qu'il voulait garder le silence. Le juge du procès a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité et le procès s'est déroulé entièrement en anglais. Aucun interprète n'était présent, car l'appelant a adopté le point de vue selon lequel le fait de disposer des services d'un interprète ne

lant was convicted and his appeal by way of stated case to the Court of Appeal was dismissed.

Held (Estey and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: Parliament, in establishing the province of Saskatchewan out of the North-West Territories, provided under s. 16 of the *Saskatchewan Act* for the general continuation of pre-existing laws except in so far as those laws were inconsistent with the *Saskatchewan Act*, or in so far as the Act contained provisions as a substitute therefor. Since Parliament did not expect these laws to continue forever, it empowered the appropriate legislature, in accordance with the division of legislative power, to repeal or amend such laws. Section 110 of *The North-West Territories Act* was a law existing at the establishment of the province. Since no provision of the *Saskatchewan Act* was inconsistent with s. 110 or was intended as a substitute for it, and since there was no amendment of the provisions of that section with respect to the language of the statutes and of the proceedings in the courts, it follows that s. 110 continues in effect for that purpose and that the statutes of Saskatchewan must be enacted, printed and published in English and French and that both languages may be used in the Saskatchewan courts.

The view that s. 16 did not operate to continue the provisions of s. 110 relating to the Territorial Assembly involves a misunderstanding of the nature of provisions for the continuation of laws. In according rights to persons to speak English or French in the North-West Territories in 1877, the legislation necessarily had to be addressed to the then existing institutions—the Territorial Assembly and courts. To continue the laws establishing these rights, which s. 16 generally purports to do, it was obviously necessary to apply them to the successor institutions. In any event, the broad wording used in s. 14 of the *Saskatchewan Act* was intended to cover in a general and comprehensive way the laws governing the operation of the legislature. Thus the *Saskatchewan Act*, either by virtue of s. 14 alone or read in conjunction with s. 16, provided for the continuance of all laws governing the legislature that were not inconsistent with the Act.

satisfaisait pas aux exigences de l'art. 110 et qu'il lui était impossible de se défendre sans pouvoir consulter les lois pertinentes imprimées en français. L'appelant a été déclaré coupable et son appel par voie d'exposé de cause à la Cour d'appel a été rejeté.

Arrêt (les juges Estey et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest: Le Parlement, en créant la province de la Saskatchewan à partir des territoires du Nord-Ouest, a prévu aux termes de l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan* le maintien général des lois préexistantes sauf dans la mesure où elles dérogent à la *Loi sur la Saskatchewan* ou dans la mesure où cette loi contient des dispositions destinées à leur être substituées. Étant donné que le Parlement ne pouvait s'attendre à ce que ces lois s'appliquent toujours, il a accordé à la législature compétente, conformément au partage du pouvoir législatif, le pouvoir d'abroger ou de modifier ces lois. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* faisait partie du droit au moment de la création de la province. Étant donné qu'aucune disposition de la *Loi sur la Saskatchewan* n'était incompatible avec l'art. 110 ou n'était destinée à le remplacer et comme il n'y a pas eu de modification des dispositions de cet article concernant la langue des lois et des procédures devant les tribunaux, il en découle que l'art. 110 continue d'être en vigueur à cette fin et que les lois de la Saskatchewan doivent être adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais et que ces deux langues peuvent être utilisées devant les tribunaux de la Saskatchewan.

L'opinion selon laquelle l'art. 16 n'a pas eu pour effet de maintenir en vigueur les dispositions de l'art. 110 qui se rapportaient à l'Assemblée territoriale comporte une erreur quant à la nature des dispositions relatives au maintien des lois. En accordant en 1877 des droits permettant aux personnes de parler le français ou l'anglais dans les territoires du Nord-Ouest, la mesure législative devait nécessairement viser les institutions qui existaient à l'époque, savoir l'Assemblée territoriale et les tribunaux des Territoires. Afin de maintenir en vigueur les lois établissant ces droits, ce que l'art. 16 est d'une manière générale censé faire, il était de toute évidence nécessaire de les appliquer aux institutions qui leur ont succédé. De toute façon, les termes généraux utilisés dans l'art. 14 de la *Loi sur la Saskatchewan* étaient destinés à viser d'une manière générale et complète les lois régissant le fonctionnement de l'Assemblée législative. Par conséquent, en vertu de l'art. 14 pris isolément ou conjointement avec l'art. 16, la *Loi sur la Saskatchewan* prévoyait le maintien de toutes les lois régissant l'Assemblée législative qui ne dérogeaient pas à la Loi.

The English language did not become the language of the courts of the North-West Territories, and later of the Saskatchewan courts, by virtue of the English statute of 1731, which prescribed that all proceedings in the courts be in English only. The 1886 amendment to *The North-West Territories Act* providing for the reception date of English law as of 1870 never had the effect of incorporating this statute as part of the law of the Territories because any existing law on the language of the courts was impliedly repealed by s. 110 which fully covered the subject-matter. There was, therefore, no law regarding the language of the courts to be continued in Saskatchewan other than s. 110. The section was not repealed as no mention whatsoever was made of language in the various Acts that restructured the Saskatchewan judicial system. In particular, s. 110 was not impliedly repealed merely because certain rules of court and court forms were written on the assumption that the judicial system would operate in English.

While s. 110 governs procedural matters, it does not serve merely procedural ends. It embodies procedural rules that give rights to individuals. The courts have treated laws giving expression to human rights as being of an almost constitutional nature. Repeal of such laws requires "clear legislative pronouncement". Language rights are a well-known species of human rights and should be approached accordingly.

Section 110 was not entrenched after the *Saskatchewan Act* was passed. The express words of ss. 14 and 16(1) of the *Saskatchewan Act* clearly provide that the laws continued under the Act are subject to repeal by the appropriate legislature. Not only is the province empowered to legislate respecting procedure in the courts under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, it is also given power to amend its constitution under s. 45 of the *Constitution Act, 1982*.

The language rights accorded by s. 110 of *The North-West Territories Act* are substantially the same as those accorded under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and ss. 16 to 18 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under s. 110, an accused is constitutionally entitled to speak French before the courts in Saskatchewan, but has no right to be understood in that language. The judge and all court officials can use English or French as they wish, both in oral and in written communication. The

L'anglais n'est pas devenu la langue des tribunaux des territoires du Nord-Ouest et par la suite des tribunaux de la Saskatchewan en vertu de la Loi anglaise de 1731 qui prévoyait que toutes les procédures devant les tribunaux devaient être en anglais seulement. La modification de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* en 1886 prévoyant l'entrée en vigueur du droit anglais tel qu'il existait en 1870 n'a jamais eu pour effet d'incorporer cette loi dans le droit territorial parce que toute loi existante portant sur la langue des tribunaux a été implicitement abrogée par l'art. 110 qui réglait complètement la question. Par conséquent, outre l'art. 110, il n'y avait aucune mesure législative concernant la langue des tribunaux qui pouvait être maintenue en vigueur en Saskatchewan. L'article n'a pas été abrogé, car les diverses lois qui ont restructuré le système judiciaire de la Saskatchewan ne mentionnent nullement la question de la langue. En particulier, l'art. 110 n'a pas été abrogé de manière implicite simplement parce que certaines règles et certains formulaires judiciaires ont été rédigés en fonction de l'hypothèse que le système judiciaire fonctionnerait en anglais.

Bien que l'art. 110 régit des questions de procédure, il ne vise pas seulement des fins procédurales. Il consacre des règles de procédure qui donnent des droits aux particuliers. Les tribunaux ont traité les lois qui formulent des droits de la personne comme étant de nature quasi constitutionnelle. L'abrogation de telles lois exige une «déclaration législative claire». Les droits linguistiques sont un genre bien connu de droits de la personne et doivent être abordés en conséquence.

L'article 110 n'a pas été enchâssé après l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan*. Les termes exprès de l'art. 14 et du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* prévoient clairement que les lois dont l'existence est maintenue aux termes de la Loi peuvent être abrogées par le législateur compétent. Non seulement la province est habilitée à légiférer relativement à la procédure devant les tribunaux aux termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais elle a également le pouvoir de modifier sa constitution en vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les droits linguistiques qu'accorde l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* sont essentiellement les mêmes que ceux accordés aux termes de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et les art. 16 à 18 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aux termes de l'art. 110, un accusé a constitutionnellement le droit de parler français devant les tribunaux en Saskatchewan, mais n'a pas le droit d'être compris dans cette langue. Le juge et tous les officiers de justice peuvent utiliser à leur gré le

accused has no right to a translator, except as required for a fair trial either at common law or under ss. 7 and 14 of the *Charter*. The right to be understood is not a language right but one arising out of the requirements of due process. Finally, when proceedings are required by law to be recorded, a person using one or the other official language has the right to have his remarks recorded in that language. Accordingly, in this case, appellant was entitled to use French in the Provincial Court, but he could not require the others to do so. As there was no evidence to indicate that he needed the services of a translator to understand the proceedings, a fair trial could be conducted without making a translation available from English to French.

As to appellant's request that a French version of the relevant statutes be produced, it was obvious that he sought valid statutes, not mere unofficial translations. The statutes of Saskatchewan must, by virtue of the province's constituent statute, the *Saskatchewan Act*, be enacted, printed and published in English and French. Since the statutes of Saskatchewan were not enacted in the manner and form required by its constituent statute, it follows that they are invalid. The principle of the rule of law and the *de facto* doctrine, however, will keep the existing laws temporarily in effect for the minimum time necessary for the statutes to be translated, re-enacted, printed and published in French or for the legislature to amend its constitution by enacting a bilingual statute removing the restrictions imposed on it by s. 110 and then declaring all existing laws valid notwithstanding that they were enacted, printed and published in English only. The principle of the rule of law would have also preserved the enforceability of appellant's conviction. But, in this case, the trial judge's failure to comply with appellant's request to have his plea entered in French vitiated the trial. He sought to use French, and had a right to have his plea entered in that language. His subsequent refusal to enter a plea was consequential to this. The conviction should be quashed.

Per Estey and McIntyre JJ. (dissenting): Parliament made provision in the *Saskatchewan Act* for a new legislature and courts in the new province. In doing so, Parliament, pursuant to s. 16(1) of the Act, incorporated by reference the laws of the North-West Territo-

français ou l'anglais dans les communications verbales et écrites. L'accusé n'a pas le droit à un interprète, à l'exception de ce qui est nécessaire pour avoir un procès équitable en *common law* ou en vertu des art. 7 et 14 de la *Charte*. Le droit d'être compris n'est pas un droit linguistique, mais un droit qui découle des exigences de l'application régulière de la loi. Enfin, lorsque les procédures doivent en vertu de la loi être consignées, une personne qui utilise l'une ou l'autre langue officielle a droit à ce que ses observations soient consignées dans cette langue. Par conséquent, en l'espèce, l'appelant avait le droit d'utiliser le français devant la Cour provinciale mais ne pouvait exiger que d'autres personnes l'utilisent. Étant donné qu'il n'y a aucun élément de preuve qui indique qu'il avait besoin des services d'un traducteur pour comprendre les procédures, un procès équitable aurait pu être tenu sans offrir une traduction de l'anglais au français.

En ce qui a trait à la demande de l'appelant relative à la production d'une version française des lois, il est évident qu'il cherchait à obtenir des lois valides et non simplement des traductions officieuses. Les lois de la Saskatchewan, en vertu de la loi constitutive de la province, la *Loi sur la Saskatchewan*, doivent être adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais. Étant donné que les lois de la Saskatchewan n'ont pas été adoptées suivant le mode et la forme requis par sa loi constitutive, il s'ensuit qu'elles ne sont pas valides. Toutefois, le principe de la primauté du droit et de la validité *de facto* permet de maintenir les lois existantes temporairement en vigueur jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier en français ou pour que l'Assemblée législative modifie sa constitution par l'adoption d'une loi bilingue abrogeant les restrictions que lui impose l'art. 110 et déclare alors toutes les lois existantes valides bien qu'elles aient été adoptées, imprimées et publiées en anglais seulement. Le principe de la primauté du droit a pour effet de préserver le caractère exécutoire de la déclaration de culpabilité de l'appelant. Toutefois, en l'espèce, le défaut du juge du procès d'accéder à la demande de l'appelant que son plaidoyer soit enregistré en français entache le procès de nullité. Il a cherché à utiliser le français et avait donc droit à ce que son plaidoyer soit inscrit dans cette langue. Son refus d'inscrire un plaidoyer en découle. La déclaration de culpabilité doit être annulée.

Les juges Estey et McIntyre (dissidents): Dans la *Loi sur la Saskatchewan*, le Parlement a prévu une nouvelle législature et des tribunaux pour la nouvelle province. Ce faisant, en vertu du par. 16(1) de la Loi, le Parlement a introduit par renvoi les lois des territoires du

ries into the laws of Saskatchewan except where the Territories' laws were inconsistent with the Act or where there was a substitute in the Act. Parliament, in so exercising its authority under the *Constitution Act, 1871*, refrained from establishing any language rights in the new province. Indeed, unlike the situation resulting from the presence of s. 23 in the *Manitoba Act, 1870*, there was no constitutional impediment or restriction on the exercise by the new province of its free legislative will under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* as regards the use of language in the legislature and the courts. In these circumstances, it would be unusual to find that s. 110 of *The North-West Territories Act* was introduced into the Constitution of Saskatchewan by an indirect and convoluted process so as to achieve the Manitoba result.

Section 16(1) of the *Saskatchewan Act* did not incorporate s. 110 into the laws of Saskatchewan. Section 3 of the *Saskatchewan Act* provided that the "provisions of the *Constitution Acts, 1867 to 1886* shall apply to the province of Saskatchewan", except the provisions, like s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, which are "specially applicable to . . . one or more and not the whole of the said provinces". Section 3 gave the new province full plenary powers to establish its courts and legislature as it saw fit, free from the restrictions in s. 133. Section 16(1) of the *Saskatchewan Act* could not therefore indirectly repeal s. 3 by requiring the new legislature established in Saskatchewan to operate under the regime of s. 133.

Further, the courts established in Saskatchewan by Parliament acting under s. 2 of the *Constitution Act, 1871* were substitutes for the courts described in the laws of the North-West Territories and accordingly those laws relating to courts of the Territories were not, by the terms of s. 16(1), brought into the new province. These new 'courts of Saskatchewan' were put in place to carry on a function under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. Section 110, which was either a precautionary recognition of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* or a part of the federal administration of those territories lying outside any province under s. 4 of the *Constitution Act, 1871*, was never intended to apply to courts not within federal jurisdiction. It follows that s. 110 was only intended to apply to the courts of the North-West Territories and to no successor courts. It also follows that the provisions in that section relating to the printing of laws in French applied only to the Legislative Assembly of the North-West Territories. The Legisla-

Nord-Ouest dans les lois de la Saskatchewan, sauf lorsque les lois des Territoires dérogeaient à la Loi ou qu'on trouvait des dispositions pour les remplacer dans la Loi. En exerçant son pouvoir en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1871*, le Parlement s'est abstenu de créer des droits linguistiques dans la nouvelle province. Contrairement à la situation résultant de l'art. 23 dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, aucune restriction ni aucun obstacle constitutionnels ne venaient empêcher la nouvelle province d'exercer librement sa volonté législative aux termes de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui a trait à la langue à utiliser à la législature et devant les tribunaux. Dans les circonstances, il serait anormal de conclure que l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* a, par un moyen indirect et détourné, été inséré dans la Constitution de la Saskatchewan, de façon à obtenir le même résultat qu'au Manitoba.

Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* n'a pas incorporé l'art. 110 dans le droit de la Saskatchewan. L'article 3 de la *Loi sur la Saskatchewan* prévoit que les «dispositions des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1886* s'appliquent à la province de la Saskatchewan», excepté les dispositions, comme l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui sont «expressément applicables [...] à une ou plusieurs et non à la totalité des dites provinces». L'article 3 accorde à la nouvelle province les pleins pouvoirs pour établir ses tribunaux et sa législature comme elle l'entend, sans aucune des restrictions de l'art. 133. Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* ne pouvait donc pas abroger indirectement l'art. 3 en imposant à la nouvelle législature créée en Saskatchewan le régime de l'art. 133.

En outre, les tribunaux créés par le Parlement en vertu de l'art. 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871* remplacent les tribunaux décrits dans les lois des territoires du Nord-Ouest et, par conséquent, les lois qui se rapportent aux tribunaux des Territoires ne sont pas, en vertu du par. 16(1), introduites dans la nouvelle province. Ces nouveaux «tribunaux de la Saskatchewan» ont été instaurés pour exercer une fonction aux termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 110, qui constituait soit une reconnaissance, par mesure de précaution, de l'art. 133 soit une partie de l'administration fédérale de ces territoires à l'extérieur d'une province au sens de l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, n'a jamais été destiné à s'appliquer aux tribunaux qui ne relevaient pas de la compétence fédérale. Il s'ensuit que l'art. 110 n'était destiné à s'appliquer qu'aux tribunaux des territoires du Nord-Ouest et non aux tribunaux qui leur ont succédé. Il s'ensuit également que les dispositions de cet article relatives à l'impression

ture of Saskatchewan established by ss. 12 to 15 of the *Saskatchewan Act* was a completely new institution and the laws relating thereto were in substitution for the laws relating to the legislature in the North-West Territories prior to 1905. This conclusion is supported by s. 14 of the *Saskatchewan Act* which provides that the laws of the North-West Territories relating to the "constitution" and the "election of members" of the Legislature of the North-West Territories shall apply to the Legislative Assembly of Saskatchewan. This section would be unnecessary if s. 16(1) of the *Saskatchewan Act* carried forward all the laws of the North-West Territories, including s. 110, into Saskatchewan. Also, section 14 did not incorporate s. 110 into the laws of Saskatchewan for s. 110 was not a provision of a North-West Territories' law relating to the "constitution" of the Legislature of the Territories.

By the terms of s. 16(1) itself, s. 110 did not qualify for incorporation by reference into the laws of the new province. As there was nothing in the *Saskatchewan Act* addressing the use of language in the province's courts or legislature, the exclusive provincial legislative sovereignty under the Constitution remained untrammelled by any provisions of the *Saskatchewan Act*. The application of s. 110 would be a curtailment of the institutions created and the authority granted to the legislature of the new province by the *Saskatchewan Act* and, accordingly, was inconsistent with the Act.

In short, the language guarantees found in s. 110 were specific to the Legislature and the courts of the North-West Territories. Saskatchewan, like all provinces, acquired the power to establish its institutions when it was created, including the power to specify the language to be used in their proceedings. Section 110 of *The North-West Territories Act* cannot reasonably be read as having the effect of altering by inference the constitutional division of powers provided for in both the *Constitution Act, 1867* and the *Saskatchewan Act*.

Finally, even assuming that s. 110 was incorporated into the laws of Saskatchewan, the section would still have no application to the proceedings of that province's courts and legislature. Indeed, if s. 110 became part of Saskatchewan law, it did so instantaneously with the termination of the existence of the only two institutions to which it applied. The Legislature of the North-West Territories was replaced under s. 12 of the *Saskache-*

des lois en français ne s'appliquaient qu'à l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest. La législature de la Saskatchewan créée par les art. 12 à 15 de la *Loi sur la Saskatchewan* est une institution totalement nouvelle et les lois qui s'y rapportent sont substituées aux lois relatives à la législature des territoires du Nord-Ouest antérieures à 1905. Cette conclusion est appuyée par l'art. 14 de la *Loi sur la Saskatchewan* qui prévoit que les lois des territoires du Nord-Ouest relatives à la «constitution» et à «l'élection des membres» de l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest s'appliquent à l'Assemblée législative de la Saskatchewan. Cet article serait inutile si, en vertu du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*, toutes les lois des territoires du Nord-Ouest, y compris l'art. 110, avaient été incorporées en Saskatchewan. De plus, l'art. 14 n'a pas incorporé l'art. 110 dans le droit de la Saskatchewan, car l'art. 110 n'était pas une disposition d'une loi des territoires du Nord-Ouest relative à la «constitution» de l'Assemblée législative des Territoires.

De par le texte même du par. 16(1), l'art. 110 n'est pas susceptible d'être incorporé par renvoi dans le droit de la nouvelle province. Comme il n'y a rien dans la *Loi sur la Saskatchewan* qui porte sur la langue à utiliser devant les tribunaux ou à l'Assemblée législative de la province, la souveraineté législative exclusive de la province en vertu de la Constitution n'a pas été limitée par les dispositions de la *Loi sur la Saskatchewan*. L'application de l'art. 110 entraînerait un amoindrissement des institutions établies et du pouvoir accordé à la législature de la nouvelle province par la *Loi sur la Saskatchewan*, et, par conséquent, déroge à cette loi.

En résumé, les garanties linguistiques prévues à l'art. 110 étaient propres à la législature et aux tribunaux des territoires du Nord-Ouest. La Saskatchewan, comme toutes les provinces, a obtenu au moment de sa création le pouvoir d'établir ses propres institutions, y compris le pouvoir de spécifier la langue devant être employée dans leurs débats. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* ne peut être raisonnablement interprété de manière à avoir pour effet de modifier implicitement le partage constitutionnel des pouvoirs prévus à la fois par la *Loi constitutionnelle de 1867* et par la *Loi sur la Saskatchewan*.

Enfin, même si l'on présume que l'art. 110 est incorporé dans le droit de la Saskatchewan, cet article ne s'appliquerait toujours pas aux procédures devant les tribunaux de la province ni aux débats de la législature. En effet, si l'art. 110 a été incorporé au droit de la Saskatchewan, cela s'est produit instantanément lorsque les deux seules institutions qu'il visait ont cessé d'exister. L'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest a

wan Act and the courts were replaced under s. 16 of the same Act. Thus section 110 became simultaneously spent as regards the legislature and the courts of Saskatchewan with its introduction into Saskatchewan law. Furthermore, Parliament also simultaneously "disestablished" the Supreme Court of the North-West Territories even as it applied to the Territories.

Cases Cited

By La Forest J.

Overtaken: *Strachan v. Lamont* (1906), 4 W.L.R. 411; **applied:** *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; **referred to:** *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1986] 1 S.C.R. 449; *R. v. Lefebvre* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 65 (Q.B.), *aff'd* (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124 (C.A.); *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *Paquette v. R. in Right of Canada* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38 (Q.B.), *aff'd* (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 1 (C.A.); *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577; *R. v. Murphy* (1968), 69 D.L.R. (2d) 530; *Re Poulin* (1968), 64 W.W.R. 705; *Toll v. Canadian Pacific Railway Co.* (1908), 8 W.L.R. 795; *Schultz v. Wolske* (1966), 75 W.W.R. 411; *Stevens v. Quinney* (1979), 101 D.L.R. (3d) 289; *The India* (1865), 12 L.T.N.S. 316; *Seward v. The "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474; *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172; *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526; *Harris v. Minister of the Interior*, [1952] 2 S.A.L.R. (N.S.) 428.

By Estey J. (dissenting)

Strachan v. Lamont (1906), 4 W.L.R. 411; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Jones v. Attorney General of New Brun-*

swick Inc. *esté remplacée aux termes de l'art. 12 de la Loi sur la Saskatchewan et les tribunaux ont été remplacés aux termes de l'art. 16 de cette même loi. En conséquence, au moment même de son incorporation dans le droit de la Saskatchewan, l'art. 110 est devenu inopérant à l'égard de la législature et des tribunaux de cette province. En outre, le Parlement a simultanément aussi «aboli» la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest, même en tant que tribunal des Territoires.*

^b Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt écarté: *Strachan v. Lamont* (1906), 4 W.L.R. 411; **arrêts appliqués:** *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; **arrêts mentionnés:** *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449; *R. v. Lefebvre* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 65 (B.R.), *conf.* (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124 (C.A.); *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *Paquette v. R. in Right of Canada* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38 (B.R.), *conf.* (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 1 (C.A.); *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577; *R. v. Murphy* (1968), 69 D.L.R. (2d) 530; *Re Poulin* (1968), 64 W.W.R. 705; *Toll v. Canadian Pacific Railway Co.* (1908), 8 W.L.R. 795; *Schultz v. Wolske* (1966), 75 W.W.R. 411; *Stevens v. Quinney* (1979), 101 D.L.R. (3d) 289; *The India* (1865), 12 L.T.N.S. 316; *Seward v. The "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474; *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172; *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526; *Harris v. Minister of the Interior*, [1952] 2 S.A.L.R. (N.S.) 428.

Citée par le juge Estey (dissent)

Strachan v. Lamont (1906), 4 W.L.R. 411; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Jones c. Procureur général du Nouveau-*

wick, [1975] 2 S.C.R. 182; *R. v. Lefebvre* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 65 (Q.B.), aff'd (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124 (C.A.); *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460.

Statutes and Regulations Cited

Act further to amend the law respecting the North-West Territories, S.C. 1886, c. 25, s. 3.
Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language, 4 Geo. 2, c. 26 (G.B.)
Act to amend Schedule A to the Revised Statutes, 1906, S.C. 1907, c. 44.
Act to amend the Acts respecting the North-West Territories, S.C. 1891, c. 22, s. 18.
Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 [reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 19], s. 16.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 14, 16, 17, 18, 19, 20.
Colonial Laws Validity Act, 1865 (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63, s. 5.
Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 93, 101, 129, 133, 146.
Constitution Act, 1871 (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28 [reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 11], ss. 2, 4, 5, 6.
Constitution Act, 1982, ss. 43, 45.
Court of Appeal Act, S.S. 1915, c. 9.
District Courts Act, S.S. 1907, c. 9.
International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), art. 27.
Interpretation Act, R.S.S. 1978, c. I-11.
Judicature Act, S.S. 1907, c. 8, ss. 3, 4.
King's Bench Act, S.S. 1915, c. 10.
Legislative Assembly Act, S.S. 1906, c. 4.
Magistrates Act, S.S. 1906, c. 19.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 [reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 8], s. 23.
Manitoba Boundaries Extension Act, 1912, S.C. 1912, c. 32.
North-West Territories Act, 1875, S.C. 1875, c. 49, ss. 13, 59.
North-West Territories Act, 1877, S.C. 1877, c. 7, s. 11.
North-West Territories Act, 1880, S.C. 1880, c. 25, s. 94.
North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 [rep. & subs. 1891, c. 22, s. 18].
North-west Territories Amendment Act, 1905, S.C. 1905, c. 27, ss. 2, 6, 8.
Official Languages of New Brunswick Act, R.S.N.B. 1973, c. O-1, s. 13(1).

Brunswick, [1975] 2 R.C.S. 182; *R. v. Lefebvre* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 65 (B.R.), conf. (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124 (C.A.); *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460.

Lois et règlements cités

Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language, 4 Geo. 2, chap. 26 (G.-B.)
Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert, 1869, S.C. 1869, chap 3 [reproduit S.R.C. 1970, app. II, n° 7].
Acte de la Terre de Rupert, 1868 (R.-U.), 31 & 32 Vict., chap. 105 [reproduit S.R.C. 1970, app. II, n° 6].
Acte des Statuts révisés du Canada, 1906, S.C. 1907, chap. 43.
Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875, S.C. 1875, chap. 49, art. 13, 59.
Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1877, S.C. 1877, chap. 7, art. 11.
Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1880, S.C. 1880, chap. 25, art. 94.
Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, chap. 50, art. 110 [abr. et rempl. 1891, chap. 22, art. 18].
Acte modifiant de nouveau la loi concernant les territoires du Nord-Ouest, S.C. 1886, chap. 25, art. 3.
Acte modifiant les actes concernant les territoires du Nord-Ouest, S.C. 1891, chap. 22, art. 18.
Acte modificatif de l'Acte des territoires du Nord-Ouest, 1905, S.C. 1905, chap. 27, art. 2, 6, 8.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 14, 16, 17, 18, 19, 20.
Colonial Laws Validity Act, 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., chap. 63, art. 5.
Court of Appeal Act, S.S. 1915, chap. 9.
Décret en conseil sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest, le 23 juin 1870, S.R.C. 1970, app. II, n° 9.
District Courts Act, S.S. 1907, chap. 9.
Interpretation Act, R.S.S. 1978, chap. I-11.
Judicature Act, S.S. 1907, chap. 8, art. 3, 4.
King's Bench Act, S.S. 1915, chap. 10.
Legislative Assembly Act, S.S. 1906, chap. 4.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 93, 101, 129, 133, 146.
Loi constitutionnelle de 1871 (R.-U.), 34 & 35 Vict., chap. 28 [reproduite S.R.C. 1970, app. II, n° 11], art. 2, 4, 5, 6.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 43, 45.
Loi de l'extension des frontières du Manitoba, 1912, S.C. 1912, chap. 32.

- Ordinances of the Northwest Territories, 1905-1930. Parliament Act, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 13.*
Police Magistrates' Act, S.S. 1907, c. 14.
Provincial Court Act, 1978, S.S. 1978, c. 42 [now R.S.S. 1978 (Supp.), c. P-30.1].
Revised Statutes of Canada, 1906, Act, S.C. 1907, c. 43.
Rupert's Land Act, 1868 (U.K.), 31 & 32 Vict., c. 105 [reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 6].
Rupert's Land and North-Western Territory Order, June 23, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 9.
Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42 [reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 20], ss. 3, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20.
Saskatchewan Evidence Act, R.S.S. 1978, c. S-16.
Summary Offences Procedure Act, R.S.S. 1978, c. S-63.
Surrogate Courts Act, S.S. 1907, c. 10.
Temporary Government of Rupert's Land Act, 1869, S.C. 1869, c. 3 [reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 7].
Vehicles Act, R.S.S. 1978, c. V-3, s. 139(4).
- Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, chap. 3 [reproduite S.R.C. 1970, app. II, n° 8], s. 23.*
Loi modifiant l'annexe A des Statuts révisés, 1906, S.C. 1907, chap. 44.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, chap. 3 [reproduite S.R.C. 1970, app. II, n° 19], art. 16.
^a *Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42 [reproduite S.R.C. 1970, app. II, n° 20], art. 3, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20.*
Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, art. 13(1).
^b *Magistrates Act, S.S. 1906, chap. 19.*
Ordinances of the Northwest Territories, 1905-1930.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 27.
^c *Parliament Act, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, chap. 13.*
Police Magistrates' Act, S.S. 1907, chap. 14.
Provincial Court Act, 1978, S.S. 1978, chap. 42 [maintenant R.S.S. 1978 (Supp.), chap. P-30.1].
Saskatchewan Evidence Act, R.S.S. 1978, chap. S-16.
^d *Summary Offences Procedure Act, R.S.S. 1978, chap. S-63.*
Surrogate Courts Act, S.S. 1907, chap. 10.
Vehicles Act, R.S.S. 1978, chap. V-3, art. 139(4).

Authors Cited

- Canada. *Canada Year Book 1912*. Ottawa: King's Printer, 1913.
- Canada. Statistics Canada. *Canada Year Book 1988*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1987.
- Debates of the House of Commons*, 4th Sess., 3rd Parl., 40 Vict., 1877, p. 1872.
- Debates of the House of Commons*, 4th Sess., 6th Parl., 53 Vict., 1890, pp. 756, 857, 1002.
- Debates of the House of Commons*, 1st Sess., 10th Parl., 5 Edw. VII, 1905, pp. 8240, 8242, 8530 *et seq.*, 8548, 8554, 8571, 8572, 8576, 8577, 8579, 8580, 8607, 8608, 8610, 8843, 8850, 8851.
- Debates of the Senate*, 4th Sess., 3rd Parl., 40 Vict., 1877, p. 319.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger, Elmer A. *The Composition of Legislation*, 2nd ed. rev. Ottawa: Department of Justice, 1976.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Jennings, Sir William Ivor. *The Law and the Constitution*, 3rd ed. London: University of London Press, 1943.
- Kerr, Robert W. "Regina v. Murphy and Language Rights Legislation" (1970), 20 *U.N.B.L.J.* 35.
- Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada*. Ottawa: Information Canada, 1971.
- Silver, Arthur I. *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*. Toronto: University of Toronto Press, 1982.
- ^e Canada. *Annuaire du Canada 1912*. Ottawa: Imprimeur du Roi, 1914.
- Canada. Statistique Canada. *Annuaire du Canada 1988*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1987.
- ^f *Débats de la Chambre des communes*, 4^e Sess., 3^e Parl., 40 Vict., 1877, p. 1875.
- Débats de la Chambre des communes*, 4^e Sess., 6^e Parl., 53 Vict., 1890, pp. 775, 879, 880, 1025, 1026.
- Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} Sess., 10^e Parl., 5 Edw. VII, 1905, pp. 8434, 8780, 8814, 8734, 8735 *et suiv.*, 8775, 8776, 8780, 8781, 8783, 8784, 8785, 8815, 9064, 9065.
- ^g *Débats du Sénat*, 4^e Sess., 3^e Parl., 40 Vict., 1877, p. 319.
- ^h Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger, Elmer A. *The Composition of Legislation*, 2nd ed. rev. Ottawa: Department of Justice, 1976.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- ⁱ Jennings, Sir William Ivor. *The Law and the Constitution*, 3rd ed. London: University of London Press, 1943.
- Kerr, Robert W. «Regina v. Murphy and Language Rights Legislation» (1970), 20 *U.N.B.L.J.* 35.
- ^j Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada*. Ottawa: Information Canada, 1971.
- Silver, Arthur I. *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*. Toronto: University of Toronto Press, 1982.

Tabory, Mala. "Language Rights as Human Rights" (1980), 10 *Israel Y.B. on Human Rights* 167.

Wade, Mason. *The French Canadians 1760-1967*, vol. 1. Toronto: MacMillan, 1968.

Wheare, Kenneth Clinton. *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5th ed. London: Oxford University Press, 1953.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1985), 44 Sask. R. 22, 24 D.L.R. (4th) 193, 23 C.C.C. (3d) 140, [1986] 2 W.W.R. 1, upholding a judgment of the Provincial Court (1981), 44 Sask. R. 43, [1981] 4 W.W.R. 435. Appeal allowed, Estey and McIntyre JJ. dissenting.

Michel Bastarache and Roger Lepage, for the appellant and the interveners (principal parties).

Robert G. Richards and Cheryl Crane, for the respondent.

Peter T. Costigan and J. Robert Black, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Joseph Eliot Magnet, for the intervener the Freedom of Choice Movement.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

La Forest J.—This case raises several important questions: whether a French-speaking person accused of a provincial quasi-criminal offence under a Saskatchewan statute has the right to use French at his trial; whether he has the right to have the trial conducted in that language; whether the statutes of that province are required to be published in both English and French; whether such rights are constitutionally entrenched; and the content of any such rights.

Background

The case arises out of the following facts. The appellant, Father Mercure, was charged with speeding contrary to s. 139(4) of *The Vehicles Act*, R.S.S. 1978, c. V-3, and was issued a summons under the provisions of *The Summary Offences Procedure Act*, R.S.S. 1978, c. S-63. On his appearance in the Provincial Court, his counsel applied for permission to enter a plea to the charge

Tabory, Mala. «Language Rights as Human Rights» (1980), 10 *Israel Y.B. on Human Rights* 167.

Wade, Mason. *The French Canadians 1760-1967*, vol. 1. Toronto: MacMillan, 1968.

^a Wheare, Kenneth Clinton. *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5th ed. London: Oxford University Press, 1953.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1985), 44 Sask. R. 22, 24 D.L.R. (4th) 193, 23 C.C.C. (3d) 140, [1986] 2 W.W.R. 1, qui a confirmé un jugement de la Cour provinciale (1981), 44 Sask. R. 43, [1981] 4 W.W.R. 435. Pourvoi accueilli, les juges Estey et ^c McIntyre sont dissidents.

Michel Bastarache et Roger Lepage, pour l'appelant et les intervenantes (parties principales).

^d *Robert G. Richards et Cheryl Crane*, pour l'intimé.

Peter T. Costigan et J. Robert Black, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

^e *Joseph Eliot Magnet*, pour l'intervenant le Mouvement de la liberté de choix.

^f Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest a été rendu par

^g LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi souève plusieurs questions importantes: un franco-phoné accusé d'une infraction quasi criminelle provinciale aux termes d'une loi de la Saskatchewan a-t-il le droit d'utiliser le français à son procès? A-t-il droit à un procès dans cette langue? Les lois de cette province doivent-elles être publiées en français et en anglais? Ces droits sont-ils enchâssés dans la Constitution? Et enfin, quel est le contenu de ces droits?

Historique

ⁱ Cette affaire découle des faits suivants. L'appelant, le père Mercure, a été accusé d'avoir commis un excès de vitesse contrairement au par. 139(4) de *The Vehicles Act*, R.S.S. 1978, chap. V-3, et a été cité à comparaître en vertu des dispositions de *The Summary Offences Procedure Act*, R.S.S. 1978, chap. S-63. Lors de sa comparution devant la Cour provinciale, son avocat a demandé la

in the French language, to have his trial proceeded with in that language, and to have the hearing of the charge delayed until such time as the Clerk of the Legislative Assembly for the province of Saskatchewan could produce the relevant statutes printed in the French language.

There is no law of the provincial legislature dealing with these issues; nor is there any express provision in the province's constituent Act, the *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, regarding the matter. Saskatchewan, however, was not created in a legal vacuum. Before its establishment it formed part of the North-West Territories, the constituent Act of which, *The North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, as amended, contained a provision, s. 110, rather similar to s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, which provided for the use of English and French in proceedings before the Territorial Assembly and the courts and requiring the use of both languages in the Assembly's records and journals as well as the printing of its laws in those languages. The provision was re-enacted in 1891 (S.C. 1891, c. 22, s. 18), and as so framed was in effect at the establishment of the province. It reads as follows:

110. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Legislative Assembly of the Territories and in the proceedings before the courts; and both those languages shall be used in the records and journals of such Assembly; and all ordinances made under this Act shall be printed in both those languages: Provided, however, that after the next general election of the Legislative Assembly, such Assembly may, by ordinance or otherwise, regulate its proceedings, and the manner of recording and publishing the same; and the regulations so made shall be embodied in a proclamation which shall be forthwith made and published by the Lieutenant Governor in conformity with the law, and thereafter shall have full force and effect. [Emphasis added.]

Counsel for the appellant maintained that this provision applies to the courts and the Legislature of Saskatchewan by virtue of s. 16 of the *Saskatchewan Act* which (like s. 129 of the *Constitu-*

permission d'inscrire un plaidoyer en français relativement à l'accusation, que son procès se déroule dans cette langue et qu'il soit retardé jusqu'à ce que le greffier de l'Assemblée législative de la Saskatchewan puisse produire les lois pertinentes imprimées en français.

Il n'y a aucune loi de l'Assemblée législative de la province qui traite de ces questions; il n'y a pas non plus de dispositions expresses à ce sujet dans la loi constitutive de la province, la *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, chap. 42. Toutefois, la Saskatchewan n'a pas été créée dans un vide juridique. Lors de sa création, elle faisait partie des territoires du Nord-Ouest, dont la loi constitutive, l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, chap. 50 et ses modifications, contenait une disposition, l'art. 110, assez semblable à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoyait l'utilisation du français et de l'anglais dans les procédures devant l'Assemblée territoriale ainsi que devant les cours de justice et exigeait l'utilisation de ces deux langues dans les procès-verbaux et les journaux de l'Assemblée de même que l'impression de ses lois dans les deux langues. La disposition a été édictée de nouveau en 1891 (S.C. 1891, chap. 22, art. 18), et c'est ce texte qui était en vigueur au moment de la création de la province. Cette disposition est la suivante:

110. Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice; et ces deux langues seront employées pour la rédaction des procès-verbaux et journaux de l'Assemblée; et toutes les ordonnances rendues sous l'empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues; néanmoins, après la prochaine élection générale de l'Assemblée législative, cette Assemblée pourra, par ordonnance ou autrement, régler ses délibérations et la manière d'en tenir procès-verbal et de les publier; et les règlements ainsi faits seront incorporés dans une proclamation qui sera immédiatement promulguée et publiée par le lieutenant-gouverneur en conformité de la loi, et ils auront ensuite plein effet et vigueur. [Je souligne.]

L'avocat de l'appelant a soutenu que cette disposition s'applique aux tribunaux et à l'Assemblée législative de la Saskatchewan en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan* qui (à l'instar de

tion Act, 1867) continues existing laws, subject to their being repealed by the appropriate legislature. Section 16(1), so far as immediately relevant, reads:

16. (1) All laws and all orders and regulations made thereunder, so far as they are not inconsistent with anything contained in this Act, or as to which this Act contains no provision intended as a substitute therefor, and all courts of civil and criminal jurisdiction, and all commissions, powers, authorities and functions, and all officers and functionaries, judicial, administrative and ministerial, existing immediately before the coming into force of this Act in the territory hereby established as the province of Saskatchewan, shall continue in the said province as if this Act and *The Alberta Act* had not been passed; subject, nevertheless, except with respect to such as are enacted by or existing under Acts of the Parliament of Great Britain, or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the said province, according to the authority of the Parliament or of the said Legislature

Judge Deshayé, who heard the case at first instance, agreed that the effect of these provisions was to permit Father Mercure to use French in the court: (1981), 44 Sask. R. 43, [1981] 4 W.W.R. 435. Section 110 of *The North-West Territories Act*, in his view, was continued by s. 16 of the *Saskatchewan Act* so far as the languages of the courts were concerned. But that right, he held, would be satisfied by making an interpreter available. He also held that the requirement in s. 110 regarding the publication of laws was in terms restricted to the Territorial Assembly and had no application to the Legislature of Saskatchewan. Father Mercure not having made a plea, the judge entered a plea of not guilty and the trial was conducted entirely in English, following which Father Mercure was found guilty of the charge and convicted. No interpreter was present because the appellant took the position that having an interpreter did not comply with s. 110 and that he could not defend himself without access to the

l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) maintenait en vigueur les lois existantes, sous réserve de leur abrogation par l'assemblée législative compétente. Le texte du par. 16(1), qui nous intéresse en l'espèce, est le suivant:

16. (1) Toutes les lois et les ordonnances et tous les règlements établis sous leur autorité, en tant qu'ils ne dérogent à aucune disposition de la présente loi ou en ce que la présente loi ne contient pas de disposition destinée à leur être substituée, et tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle et les commissions, les pouvoirs, autorités et fonctions, et tous les officiers et fonctionnaires judiciaires, administratifs et ministériels existant immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi dans le territoire qu'elle constitue en province, continueront d'exister dans la province de la Saskatchewan comme si la présente loi et l'Acte de l'Alberta n'eussent pas été rendus; sauf, toutefois (à l'exception de ce qui a été édicté par actes du parlement de la Grande-Bretagne ou du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et de ce qui existe en vertu de ces actes), abrogation, abolition ou modification par le parlement du Canada ou par la législature de la dite province dans l'exercice de l'autorité qu'a le parlement ou la dite législature . . .

Le juge Deshayé, qui a instruit l'affaire en première instance, a considéré que ces dispositions avaient pour effet de permettre au père Mercure d'utiliser le français devant la cour: (1981), 44 Sask. R. 43, [1981] 4 W.W.R. 435. À son avis, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* a été maintenu en vigueur par l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan* en ce qui a trait à la langue devant les tribunaux. Toutefois, il a conclu que ce droit serait respecté en offrant les services d'un interprète. Il a en outre conclu que l'exigence de l'art. 110 concernant la publication des lois était, de par son texte même, limitée à l'Assemblée territoriale et ne s'appliquait pas à l'Assemblée législative de la Saskatchewan. Devant le silence du père Mercure quant à son plaidoyer, le juge a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité et le procès s'est déroulé entièrement en anglais. Suite à ce procès, le père Mercure a été déclaré coupable et condamné relativement à l'accusation. Aucun interprète n'était présent, car l'appelant a adopté le point de vue selon lequel le fait de disposer des services d'un interprète ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 110 et qu'il lui était impossible

relevant statutes proclaimed and printed in the French language.

An appeal to the Saskatchewan Court of Appeal, heard by a five person panel, was dismissed: (1985), 44 Sask. R. 22, 24 D.L.R. (4th) 193, 23 C.C.C. (3d) 140, [1986] 2 W.W.R. 1. A majority (Bayda C.J.S., Brownridge, Tallis and Cameron J.J.A.) came to substantially the same conclusion as the trial judge regarding the continuance of language rights. In dissent, however, Hall J.A. concluded that s. 110 continued in effect only during the transitional period when the province was being established. However, he noted that if he was in error on this point, he did not think the requirements relating to the conduct of the trial would be satisfied by merely supplying an interpreter, but would require simultaneous translation from one language to the other. Assuming such error, he further thought the statutes of Saskatchewan would have to be printed in both English and French; the language of s. 110, in his view, was clear on this point.

Father Mercure was granted leave to appeal to this Court but he died before the appeal could be heard. This Court, however, then authorized the intervenor associations to continue the appeal as principal parties. The Attorney General for Alberta, which province is in a similar situation to Saskatchewan, intervened, as did the Freedom of Choice Movement. The Court stated the following constitutional questions:

1. Does s. 110 of *The North-West Territories Act* (54 & 55 Vict., c. 22, s. 18) continue to apply, in whole or in part, to the province of Saskatchewan by virtue of s. 16 of the *Saskatchewan Act*?
2. If the answer to Question 1 is affirmative, do the rights which are derived from s. 110 of *The North-West Territories Act* form part of the Constitution of Canada or can they be modified unilaterally by Saskatchewan and if so to what extent?
3. If the answer to Question 1 is affirmative, does s. 110 of *The North-West Territories Act* require Saskatchewan to print its laws in English and in French?

de se défendre sans pouvoir consulter les lois pertinentes proclamées et imprimées en français.

L'appel à la Cour d'appel de la Saskatchewan, entendu par une formation de cinq juges, a été rejeté: (1985), 44 Sask. R. 22, 24 D.L.R. (4th) 193, 23 C.C.C. (3d) 140, [1986] 2 W.W.R. 1. Les juges formant la majorité (le juge en chef Bayda et les juges Brownridge, Tallis et Cameron) sont arrivés essentiellement à la même conclusion que le juge du procès en ce qui a trait au maintien des droits linguistiques. Toutefois, le juge Hall, dissident, a conclu que l'art. 110 n'a continué à s'appliquer que pendant la période de transition au moment de la création de la province. Il a souligné cependant que s'il commettait une erreur sur ce point, il ne croyait pas qu'on pourrait satisfaire aux exigences relatives à la tenue du procès simplement en fournissant les services d'un interprète; la traduction simultanée serait nécessaire. Il croyait en outre, à supposer qu'il soit dans l'erreur, que les lois de la Saskatchewan devraient être imprimées en français et en anglais; à son avis, le texte de l'art. 110 était clair à ce sujet.

Le père Mercure a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, mais il est décédé avant l'audition du pourvoi. Toutefois, cette Cour a alors autorisé les associations intervenantes à continuer le pourvoi à titre de parties principales. Le procureur général de l'Alberta, dont la province connaît une situation semblable à celle de la Saskatchewan, est intervenu tout comme l'a fait le Mouvement de la liberté de choix. La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* (54 & 55 Vict., chap. 22, art. 18) est-il toujours applicable, en totalité ou en partie, à la province de la Saskatchewan, en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, les droits qui découlent de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* font-ils partie intégrante de la Constitution du Canada ou peuvent-ils être modifiés unilatéralement par la Saskatchewan, et, si oui, dans quelle mesure?
3. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* oblige-t-il la Saskatchewan à imprimer ses lois en français et en anglais?

4. If the answer to Question 1 is affirmative, does s. 110 of *The North-West Territories Act* afford a party pleading in a court of Saskatchewan the right to use either English or French?

5. If the answer to Question 1 is affirmative, does s. 110 of *The North-West Territories Act* require that the proceedings be conducted in English or French at the option of the accused or defendant?

6. If the answer to Question 4 is affirmative, does the right to use either English or French before the courts of Saskatchewan include, by virtue of s. 110 of *The North-West Territories Act*, the right to be understood by the judge or judge and jury without the assistance of an interpreter or simultaneous translation?

Legislative History

In my view, this case can be resolved simply by the application of the ordinary principles of statutory construction. However, all parties stressed the legislative history of the appropriate provisions and grounded some of their arguments in that history. At all events, it forms a useful backdrop for a consideration of the central issues and is of assistance in revealing legislative purpose. For much of the following historical discussion, I have relied upon Claude-Armand Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), c. I-C (a study of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism).

When the four original provinces were united by the *Constitution Act, 1867*, the territory now comprising Saskatchewan did not, of course, form part of Canada but was part of the vast area known as Rupert's Land and the North-Western Territory originally ceded to the Hudson's Bay Company in 1670 which still exercised all governmental powers over the area at Confederation. However, s. 146 of that Act contemplated the transfer of these Territories to Canada. Accordingly, these lands were surrendered by the Hudson's Bay Company in 1868 (*Rupert's Land Act, 1868* (U.K.), 31 & 32 Vict., c. 105), and in 1870 the Territories were admitted into the Union pursuant to an Imperial Order in Council; see R.S.C. 1970, App. II, No. 9. In the interim, Canada had passed a rudimentary

4. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal de la Saskatchewan le droit d'employer le français ou l'anglais?

5. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* exige-t-il que les procédures se déroulent en français ou en anglais au choix de l'accusé ou défendeur?

6. Si la réponse à la quatrième question est affirmative, le droit d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux de la Saskatchewan comprend-il, en vertu de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, le droit d'être compris par le juge, ou le juge et le jury, sans l'aide d'un interprète ou de la traduction simultanée?

Historique législatif

À mon avis, la présente affaire peut être tranchée simplement par l'application des principes ordinaires en matière d'interprétation des lois. Toutefois, toutes les parties ont insisté sur l'historique législatif des dispositions visées et ont fondé certains de leurs arguments sur celui-ci. De toute façon, il constitue une toile de fond utile pour examiner les questions principales et aide à dégager l'objectif législatif. Je fonde une grande partie de l'analyse historique suivante sur l'ouvrage de Claude-Armand Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), chap. I-C (une étude de la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme).

Lorsque les quatre premières provinces ont été réunies par la *Loi constitutionnelle de 1867*, il va sans dire que le territoire qui constitue maintenant la Saskatchewan ne faisait pas partie du Canada mais plutôt d'une vaste région connue sous le nom de terre de Rupert et territoire du Nord-Ouest, originairement cédée en 1670 à la Compagnie de la Baie d'Hudson qui exerçait toujours les pouvoirs gouvernementaux sur cette région à l'époque de la Confédération. Toutefois, l'art. 146 de la Loi envisageait la cession de ces territoires au Canada. En conséquence, ces terres ont été cédées par la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1868 (*Acte de la Terre de Rupert, 1868* (R.-U.), 31 & 32 Vict., chap. 105) et, en 1870, les Territoires ont été admis dans l'Union conformément à un décret

Act for their temporary administration (S.C. 1869, c. 3).

The impending changes were not viewed with favour by the people in the Territories, most of whom lived in the Red River area of what is now Manitoba. Many of them were French-speaking and had been accustomed to considerable governmental services in their own language, both by the Council of Assiniboia, which exercised governmental functions in the Red River area, and in the courts. From about 1835, the Council of Assiniboia began publishing its resolutions by reading them aloud in English and French (Sheppard, *op. cit.*, at pp. 73-76), and from about 1855, local representation on the Council was on a roughly equal English and French basis (see Mason Wade, *The French Canadians 1760-1967* (rev. ed. 1968), vol. 1, at p. 397). Similarly the courts counted a number of bilingual judges.

After some tense confrontations, in which demands were made that English and French be used in the legislature and that judges speak both languages, the Canadian government acceded to the demands of the people of the Territories. To that end, Canada enacted the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, which created the province of Manitoba out of the Red River settlement and surrounding lands, and by s. 23, provided certain guarantees regarding the use of the English and French languages in the Manitoba Legislature and in its courts. The background in Manitoba is set forth in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at pp. 731-32. For a detailed account of the situation in the Territories generally, see also Sheppard, *op. cit.*, at pp. 77-79.

I should add here that while s. 146 of the *Constitution Act, 1867* provided for the admission of those Territories into the Union, it made no specific provision for the manner in which Parliament could deal with them. To settle the doubts surrounding this question, the *Constitution Act*,

impérial; voir S.R.C. 1970, app. II, n° 9. Dans l'intervalle, le Canada avait adopté une loi sommaire concernant leur administration provisoire (S.C. 1869, chap. 3).

^a Les habitants des Territoires, dont la plupart vivaient dans la région de la rivière Rouge qui constitue maintenant le Manitoba, ne voyaient pas d'un bon œil ces changements imminents. Un bon nombre d'entre eux étaient francophones et avaient été habitués à recevoir dans leur propre langue maints services gouvernementaux de la part du conseil d'Assiniboia, qui exerçait les fonctions gouvernementales dans la région de la rivière Rouge, et de la part des tribunaux. Vers 1835, le conseil d'Assiniboia a commencé à publier ses résolutions en les lisant à haute voix en français et en anglais (Sheppard, *op. cit.*, aux pp. 73 à 76), et vers 1855 la représentation locale au conseil était à peu près égale entre les francophones et les anglophones (voir Mason Wade, *The French Canadians 1760-1967* (rev. ed. 1968), vol. 1, à la p. 397). De même, les tribunaux comptaient un certain nombre de juges bilingues.

Après une période de sérieux affrontements, pendant laquelle on a exigé que le français et l'anglais soient utilisés à l'Assemblée législative et que les juges parlent les deux langues, le gouvernement canadien a fait droit aux revendications des habitants des Territoires. À cette fin, le Canada a adopté la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, chap. 3, qui créait la province du Manitoba à partir de la colonie de la rivière Rouge et des terres environnantes et qui, à l'art. 23, prévoyait certaines garanties concernant l'usage du français et de l'anglais à l'Assemblée législative du Manitoba et devant ses tribunaux. Le contexte manitobain est énoncé dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, aux pp. 731 et 732. Pour un exposé détaillé de la situation dans les Territoires en général, voir également Sheppard, *op. cit.*, aux pp. 77 à 79.

À ce point-ci, j'ajouterais que, même si l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait l'admission de ces territoires dans l'Union, il ne contenait aucune disposition précise sur la manière dont le Parlement pourrait le faire. La *Loi constitutionnelle de 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., chap.

1871 (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28, was enacted. This Act by s. 2 gave Parliament power to create new provinces and by s. 5 confirmed the *Manitoba Act, 1870*. More important for present purposes, it also provided, by s. 4, that Parliament could make provision for the administration, peace, order and good government of any territory not for the time being included in any province.

The first *North-West Territories Act*, enacted in 1869 (S.C. 1869, c. 3) before this enabling legislation, said nothing about the language of the courts or the legislature. This is scarcely surprising owing to its temporary and rudimentary character. Nor were any such provisions enacted in *The North-West Territories Act, 1875*, S.C. 1875, c. 49, which amended and consolidated earlier enactments for the governance of the Territories. In 1877, however, while some unrelated amendments were being made, the first version of s. 110 was added to the amending Bill in the Senate; see S.C. 1877, c. 7, s. 11. That provision read as follows:

11. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the said Council, and in the proceedings before the Courts, and both those languages shall be used in the records and journals of the said Council, and the ordinances of the said Council shall be printed in both those languages.

The amendment was not sponsored by the Government. Rather it was introduced in the Senate by Senator Girard of Manitoba who stated that this was desirable because there were as many French as English people in the Territories; see *Debates of the Senate, 1877*, at p. 319 (the debate is reproduced by Belzil J.A. (dissenting) in *R. v. Lefebvre* (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124, at p. 138); see also *Debates of the House of Commons, 1905*, at p. 8576 (Laurier), and at p. 8607 (Brodeur). The amendment was rather grudgingly accepted by the Government when it came up for consideration in the House of Commons in order to avoid delaying the Bill for another session (see *Debates of House of Commons, 1890*, at p. 1002

28, a été adoptée pour dissiper les doutes entourant cette question. L'article 2 de cette loi donnait au Parlement le pouvoir de créer de nouvelles provinces et l'art. 5 confirmait la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Ce qui est plus important aux fins de l'espèce, cette loi prévoyait également à l'art. 4 que le Parlement pourrait établir des dispositions concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement de tout territoire ne faisant pas alors partie d'une province.

Le premier *Acte des territoires du Nord-Ouest*, adopté en 1869 (S.C. 1869, chap. 3) avant cette disposition habilitante, ne mentionnait rien à propos de la langue des tribunaux ou de l'Assemblée législative. Ce n'est guère surprenant, compte tenu de son caractère provisoire et rudimentaire. Et aucune disposition en ce sens n'a été adoptée dans l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*, S.C. 1875, chap. 49, qui modifiait et refondait les textes législatifs antérieurs relatifs à l'administration des Territoires. Toutefois, en 1877, dans le cadre de l'adoption de certaines modifications sans rapport avec la question, la première version de l'art. 110 a été ajoutée au projet de loi modificatif au Sénat; voir S.C. 1877, chap. 7, art. 11. Voici le texte de cette disposition:

11. Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats du dit conseil et dans les procédures devant les cours, et ces deux langues seront usitées pour la rédaction des pièces d'archives et des journaux du dit conseil; et les ordonnances du dit conseil seront imprimées dans ces deux langues.

La modification n'était pas parrainée par le gouvernement. Elle a plutôt été présentée au Sénat par le sénateur Girard du Manitoba qui a déclaré qu'elle était souhaitable parce que les Territoires comptaient autant de francophones que d'anglophones: voir les *Débats du Sénat, 1877*, à la p. 319 (le débat est reproduit par le juge Belzil de la Cour d'appel, dissident dans l'arrêt *R. v. Lefebvre* (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124, à la p. 138); voir également les *Débats de la Chambre des communes, 1905*, à la p. 8780 (Laurier) et à la p. 8814 (Brodeur). La modification a été acceptée plutôt à contrecœur par le gouvernement lorsqu'elle a été soumise à l'examen de la Chambre des communes pour éviter que le projet de loi ne soit retardé

(Watson)). But there is no suggestion that the Government had any objection to the amendment as such. Rather, as Mr. Mills, speaking for the Government, stated, it regretted the amendment because it had thought this was a matter best left to the Council in question; see *Debates of the House of Commons*, 1877, at p. 1872; see also the Debates of 1905 at p. 8531 (Monk). This policy was probably grounded in the dominant attitude in Quebec that language rights should be left to the local governments rather than to Parliament; see in this context A. I. Silver, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900* (1982), esp. cc. 7-10.

There appears to be a suggestion in the factums of the respondent and the Attorney General for Alberta that s. 110 was in some way inextricably linked with the language guarantees in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. I am unable to fully understand the basis of this argument. If section 133 applied, it would apply *proprio vigore*. If the courts of the North-West Territories are courts for the better administration of the laws of Canada under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, then s. 133 applies to them without more. If it does not apply to these courts, there is no requirement in s. 133 for Parliament to enact a provision like s. 110. I have combed the appropriate pages of *Hansard* and have found nothing that would lead to the view that s. 110 was enacted to give effect to s. 133, although some years later Laurier stated that one of the reasons s. 110 was not repealed in 1890 was that s. 133 guaranteed similar rights in relation to the courts; see *Debates of the House of Commons*, 1905, at p. 8579. Indeed, the impression one gets is that at the time s. 110 was enacted, s. 133 was thought to have no application for, as we saw, Mr. Mills who made the motion in the House concurring in the Senate amendment, stated that he regretted that the amendment had been made because they (the Government) had thought that this was a matter which was better left to the Territorial Council. However that may

pendant une autre session (voir les *Débats de la Chambre des communes*, 1890, aux pp. 1025 et 1026 (Watson)). Toutefois, il n'y a aucune indication que le gouvernement s'opposait à la modification comme telle. Plutôt, comme l'a déclaré M. Mills au nom du gouvernement, celui-ci déplorait la modification parce qu'il croyait qu'il s'agissait d'une question qu'il serait préférable de laisser à l'appréciation du conseil en question; voir les *Débats de la Chambre des communes*, 1877, à la p. 1875; voir également les *Débats de 1905*, à la p. 8735 (Monk). Cette politique était probablement fondée sur le point de vue prédominant au Québec selon lequel les droits linguistiques étaient une question qui devrait être laissée à l'appréciation des gouvernements locaux plutôt qu'à celle du Parlement; voir à cet égard A. I. Silver, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900* (1982), en particulier les chap. 7 à 10.

Toutefois, les mémoires de l'intimé et du procureur général de l'Alberta paraissent indiquer que l'art. 110 était de quelque façon inextricablement lié aux garanties linguistiques que prévoit l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je ne puis comprendre totalement le fondement de cet argument. Si l'article 133 s'appliquait, il s'appliquait *proprio vigore*. Si les tribunaux des territoires du Nord-Ouest sont des tribunaux qui visent à assurer la meilleure exécution des lois du Canada aux termes de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, alors l'art. 133 s'applique à eux sans plus. Si l'article 133 ne s'applique pas à ces tribunaux, il n'exige nullement que le Parlement adopte une disposition comme l'art. 110. J'ai examiné attentivement les pages pertinentes du *hansard* et je n'ai rien trouvé qui amène à considérer que l'art. 110 a été adopté pour donner effet à l'art. 133, quoique, quelques années plus tard, Laurier ait déclaré que l'une des raisons pour lesquelles l'art. 110 n'avait pas été abrogé en 1890 était que l'art. 133 garantissait des droits semblables relativement aux tribunaux; voir *Débats de la Chambre des communes*, 1905, à la p. 8783. En fait, l'impression qui s'en dégage est qu'au moment où l'art. 110 a été adopté on croyait que l'art. 133 ne s'appliquait pas car, comme nous l'avons vu, M. Mills qui a présenté devant la Chambre la motion d'adoption de la modification du Sénat, a déclaré qu'il déplorait

be, s. 110 was separately enacted by Parliament and continued in its own right.

The notion that the local authorities might legally deal with these language issues is not really surprising. Certainly, the language of debate in the Assembly was not covered by s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, since that provision was in this regard aimed specifically at the federal Parliament and the Quebec Legislature. So far as the languages to be used in the courts and in statutes are concerned, it is true that in time this Court, using Lord Sankey L.C.'s "living tree" analogy (from *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.)), extended the requirements of s. 133 to administrative tribunals and regulations in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at p. 1029. But it must be remembered that in 1877 the living tree was a mere sapling. Besides there is a world of difference between mere appendages of the federal and Quebec governments and vast quasi-separate areas possessing democratic institutions for their governance, and it is altogether natural that the statesmen of the time might not have viewed the matter in this expansive light. It should be noted that there had been sufficient doubt regarding the application of federal laws to the Territories to prompt the Imperial Parliament in 1871 to expressly confer on the Canadian Parliament power to make laws for the administration, peace, order and good government of any territory not for the time being included in any province; see s. 4 of the *Constitution Act, 1871*. This broad power would include the establishment of courts for the administration of law in the Territories, a matter of considerable significance when it is observed that s. 133 is in terms confined to "any Court of Canada established under this Act", i.e., the *Constitution Act, 1867* (specifically the courts established under s. 101 for the administration of the laws of Canada) and the courts of Quebec. It is by no means self-evident, therefore, that s. 133 had any application to the Territories. What is clear is that the historical forces that engendered s. 110

la modification parce qu'il (le gouvernement) croyait qu'il s'agissait d'une question qu'il eût mieux valu laisser au conseil territorial. Quoi qu'il en soit, le Parlement a adopté l'art. 110 séparément et cet article est donc resté de lui-même en vigueur.

La notion selon laquelle les autorités locales pourraient légalement traiter ces questions linguistiques n'est pas vraiment surprenante. Sans aucun doute, la langue des débats à l'Assemblée n'était pas visée par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* étant donné que cette disposition visait précisément à cet égard le Parlement fédéral et la législature du Québec. En ce qui concerne la langue à utiliser devant les tribunaux et dans les lois, il est vrai que finalement cette Cour, en recourant à l'analogie que le lord chancelier Sankey a faite avec un «arbre» (dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.)) a étendu les exigences de l'art. 133 aux tribunaux administratifs et aux règlements dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, à la p. 1029. Toutefois, il faut se rappeler qu'en 1877 l'arbre n'était qu'un simple arbuste. En outre, il y a un monde entre de simples dépendances des gouvernements fédéral et québécois et les vastes régions quasi autonomes régies par des institutions démocratiques, et il est tout à fait naturel que les hommes d'État de l'époque n'aient peut-être pas envisagé la question sous cet aspect extensible. Il convient de souligner qu'il y avait suffisamment de doutes concernant l'application des lois fédérales aux Territoires pour inciter le Parlement impérial en 1871 à conférer expressément au Parlement canadien le pouvoir d'établir des lois concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement de tout territoire ne formant pas alors partie d'une province; voir l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871*. Ce pouvoir général comprenait celui d'établir des tribunaux pour assurer le respect de la loi dans les Territoires, ce qui revêtait une importance considérable si l'on tient compte du fait que l'art. 133 est, de par ses termes mêmes, confiné aux «tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi», c.-à-d. de la *Loi constitutionnelle de 1867* (en particulier les tribunaux établis en vertu de l'art. 101, pour assurer l'exécution des lois du Canada),

were quite separate from those which resulted in the language compromise of 1867 regarding federal and Quebec governmental institutions (s. 133).

Some have suggested that there is a specific connection between s. 110 and the demands of the settlers at the time of the transfer of the Territories to Canada. Thus during the debates preceding the *Saskatchewan Act*, Mr. Monk (*Debates of the House of Commons*, 1905, at pp. 8530 et seq.) stated that s. 110, like s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, was made in response to the demands made by the people in the Territories, but others have contested it (id., at p. 8548 (Lemieux)). The justifications given by its sponsor, Senator Girard, to the effect that this was desirable on the grounds of justice because there were as many French as English people in the Territories must have been seen as reason enough at the time. It is right to say, however, that this consideration could not have been completely foreign to those to whom it applied, for it would appear that many of the French speaking Manitobans who had made the list of demands before Manitoba was created had moved to that portion of the Territories that is now Saskatchewan and Alberta (see Belzil J.A., dissenting, in *R. v. Lefebvre, supra*, at p. 137, dealing with the parallel situation in Alberta; Silver, op. cit., at p. 132, states that French settlement from outside the Prairies after Confederation was not extensive; see also Wade, op. cit., at p. 405).

The 1877 amendment was re-enacted in 1880 as s. 94 of *The North-West Territories Act, 1880*, S.C. 1880, c. 25, and became s. 110 of c. 50 of the Revised Statutes of Canada of 1886. The law, however, remained substantially as it was before. In early 1890, however, a Bill was introduced by Mr. Dalton McCarthy for the removal of the provisions regarding the French language; see

et aux tribunaux du Québec. Il n'est donc aucunement patent que l'art. 133 s'appliquait aux Territoires. Ce qui est clair, c'est que les forces historiques qui ont engendré l'art. 110 étaient tout à fait différentes de celles qui ont entraîné le compromis linguistique de 1867 en ce qui a trait aux institutions gouvernementales fédérales et québécoises (art. 133).

D'aucuns ont laissé entendre qu'il y a un lien précis entre l'art. 110 et les revendications des colons au moment de la cession des Territoires au Canada. Ainsi, au cours des débats qui ont précédé la *Loi sur la Saskatchewan*, M. Monk (*Débats de la Chambre des communes*, 1905, aux pp. 8734 et suiv.) a déclaré que l'art. 110, comme l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, avait été établi pour répondre aux revendications des habitants des Territoires, mais ce point de vue a été contesté (id., à la p. 8752 (Lemieux)). Les justifications données par son parrain, le sénateur Girard, selon lesquelles cette mesure était souhaitable pour des raisons de justice du fait que les Territoires comptaient autant de francophones que d'anglophones ont dû être considérées comme suffisantes à l'époque. Toutefois, il est exact de dire que cette considération ne pouvait pas avoir été entièrement étrangère à ceux auxquels elle s'appliquait, car il semblerait qu'un bon nombre de Franco-manitobains qui avaient dressé la liste des revendications avant la création du Manitoba avaient déménagé dans cette partie des Territoires qui constitue maintenant la Saskatchewan et l'Alberta (voir le juge Belzil, dissident, dans l'arrêt *R. v. Lefebvre*, précité, à la p. 137, qui a traité de la situation analogue en Alberta; Silver, op. cit., à la p. 132, affirme que la colonisation française provenant de l'extérieur des Prairies après la Confédération n'avait pas été importante; voir également Wade, op. cit., à la p. 405).

La modification de 1877 a été édictée de nouveau en 1880, à l'art. 94 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, 1880, S.C. 1880, chap. 25, pour devenir ensuite l'art. 110 du chap. 50 des Statuts révisés du Canada de 1886. Toutefois, le droit est resté essentiellement inchangé. Au début de 1890, cependant, M. Dalton McCarthy a déposé un projet de loi visant la suppression des dispositions

Debates of the House of Commons, 1890, esp. at pp. 756 (Cockburn) and 857 (McCarthy). As counsel for the Attorney General for Alberta noted, this Bill was viewed by its sponsor as simply the first step in a process the ultimate goal of which was the elimination of the French language throughout the country, a process which incidentally included the attempted abolition by Manitoba of the language guarantees in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. For a variety of reasons, however, the Government refused to accept the whole of Mr. McCarthy's proposal, but it did agree to the addition of a proviso empowering the Legislative Assembly to regulate its proceedings and the manner in which these proceedings should be recorded and published. Section 110 thus took the form above quoted; see S.C. 1891, c. 22, s. 18. Pursuant to this proviso, the Territorial Assembly appears to have passed a resolution in 1892 providing that its proceedings should be in English only, but there is doubt whether that resolution was valid because the proper procedural steps were not followed; see Sheppard, *op. cit.*, at p. 85. It is irrelevant for the purposes of this appeal to look further into the matter, however, because the proviso does not relate to the statutes nor to proceedings in court.

Reference may also be made to the fact that in 1886, *The North-West Territories Act* was amended (S.C. 1886, c. 25, s. 3) to provide for the reception of English law in the Territories as of 1870. Absent other legislation, this would have had the effect of incorporating in territorial law a British statute of 1731 (4 Geo. 2, c. 26) which provided that all proceedings in the courts of England and Scotland shall be in the English tongue only, but this, of course, could not take place in the face of the express provision in s. 110, so this statute never became part of the law of the North-West Territories and in consequence never became part of the law of Saskatchewan. The proposition that English statutes which were repealed, or never came into effect in the Territories, somehow revived in Saskatchewan or Alberta has been repeatedly rejected by the courts; see

concernant la langue française; voir les *Débats de la Chambre des communes*, 1890, particulièrement aux pp. 775 (Cockburn) et 879 et 880 (McCarthy). Comme l'a souligné l'avocat du procureur général de l'Alberta, ce projet de loi était considéré par son parrain simplement comme la première étape d'un processus qui visait ultimement l'élimination de la langue française dans tout le pays, un processus qui comprenait incidemment la tentative d'abolition par le Manitoba des garanties linguistiques prévues à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Pour diverses raisons toutefois, le gouvernement a refusé d'accepter en entier la proposition de M. McCarthy, mais il a accepté d'ajouter une réserve habilitant l'Assemblée législative à réglementer ses délibérations ainsi que la manière d'en tenir procès-verbal et de les publier. L'article 110 a ainsi pris la forme citée précédemment; voir S.C. 1891, chap. 22, art. 18. Conformément à cette réserve, l'Assemblée territoriale paraît avoir adopté, en 1892, une résolution prévoyant que ses délibérations devraient être en anglais seulement, mais il est douteux que cette résolution soit valide parce que la procédure régulière n'a pas été suivie; voir Sheppard, *op. cit.*, à la p. 85. Cependant, il n'est pas pertinent pour les fins du présent pourvoi d'examiner la question d'une manière plus approfondie puisque la réserve ne se rapporte pas aux lois ni aux procédures devant les tribunaux.

On peut également mentionner le fait qu'en 1886 l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* a été modifié (S.C. 1886, chap. 25, art. 3) de manière à prévoir l'entrée en vigueur dans les Territoires du droit anglais tel qu'il existait en 1870. En l'absence d'autres mesures législatives, cette modification aurait eu pour effet d'incorporer dans le droit territorial une loi britannique de 1731 (4 Geo. 2, chap. 26) qui prévoyait que toutes les procédures devant les tribunaux d'Angleterre et d'Écosse devaient être en langue anglaise seulement, mais évidemment, cela ne pouvait se produire compte tenu de la disposition expresse de l'art. 110, de sorte que cette loi n'a jamais fait partie du droit des territoires du Nord-Ouest et par conséquent n'a jamais fait partie du droit de la Saskatchewan. L'argument voulant que des lois anglaises qui ont été abrogées ou qui ne sont jamais entrées en

Toll v. Canadian Pacific Railway Co. (1908), 8 W.L.R. 795 (Alta. C.A.); *Schultz v. Wolske* (1966), 75 W.W.R. 411 (Alta. S.C.); *Stevens v. Quinney* (1979), 101 D.L.R. (3d) 289 (Sask. Q.B.)

No further legislative development took place before the establishment of Saskatchewan in 1905. It is true, as the respondent maintained, that French in fact ceased to be used in the debates, statutes and proceedings in the courts in 1892 (see Sheppard, *op. cit.*, at p. 83), some years before the establishment of the province, but statutes do not, of course, cease to be law from mere disuse. As Driedger puts it, "A statute is not effaced by lapse of time, even if it is obsolete or has ceased to have practical application"; see E. A. Driedger, *The Composition of Legislation* (2nd ed. rev. 1976), at p. 110. At all events, it does not strike me as a particularly attractive argument to put before a court of justice that a majority can destroy the rights of a minority by simply acting in violation of those rights. Thus, at least as it relates to the language of statutes and proceedings in the courts, s. 110 remained fully in effect at the establishment of the province of Saskatchewan. All the courts that have had occasion to deal with the issue are in accord with this statement; see, in addition to the courts below in this case, *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454 (Sask. Q.B.); *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577 (Sask. C.A.) in Saskatchewan, and in Alberta where a parallel situation exists, *Paquette v. R. in Right of Canada* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38 (Q.B.), *aff'd* (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Lefebvre* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 65 (Q.B.), *aff'd* (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124 (C.A.)

The real question, then, is whether s. 110 was continued in Saskatchewan by the *Saskatchewan Act* in 1905. In approaching this issue, all the parties placed considerable reliance on the debates

en vigueur dans les Territoires aient, en quelque sorte, été remises en vigueur en Saskatchewan ou en Alberta a, à maintes reprises, été rejeté par les tribunaux, voir les arrêts *Toll v. Canadian Pacific Railway Co.* (1908), 8 W.L.R. 795 (C.A. Alb.), *Schultz v. Wolske* (1966), 75 W.W.R. 411 (C.S. Alb.), *Stevens v. Quinney* (1979), 101 D.L.R. (3d) 289 (B.R. Sask.)

Aucune autre mesure législative n'a été adoptée avant la création de la Saskatchewan en 1905. Il est vrai, comme l'a soutenu l'intimé, que le français a effectivement cessé d'être utilisé dans les débats, les lois et les procédures devant les tribunaux en 1892 (voir Sheppard, *op. cit.*, à la p. 83), quelques années avant la création de la province, mais évidemment la loi ne cesse pas d'être la loi du simple fait qu'elle n'est pas utilisée. Comme Driedger l'a écrit, [TRADUCTION] «Une loi ne s'efface pas avec le temps même si elle est désuète ou si elle a cessé d'avoir une application pratique»; voir E. A. Driedger, *The Composition of Legislation* (2nd ed. rev. 1976), à la p. 110. De toute façon, je ne crois pas qu'il soit particulièrement intéressant de plaider devant une cour de justice qu'une majorité peut détruire les droits de la minorité simplement en agissant à l'encontre de ces droits. Ainsi, du moins en ce qui a trait à la langue utilisée dans les lois et dans les procédures devant les tribunaux, l'art. 110 demeurerait entièrement en vigueur au moment de la création de la province de la Saskatchewan. Tous les tribunaux qui ont eu l'occasion d'examiner la question sont d'accord; voir, outre les tribunaux d'instance inférieure en l'espèce, *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454 (B.R. Sask.); *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577 (C.A. Sask.) en Saskatchewan, et en Alberta où il existe une situation analogue, *Paquette v. R. in Right of Canada* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38 (B.R.), confirmé par (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Lefebvre* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 65 (B.R.), confirmé par (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124 (C.A.)

La véritable question est donc de savoir si la *Loi sur la Saskatchewan* en 1905 a eu pour effet de maintenir l'art. 110 en vigueur en Saskatchewan. En abordant cette question, toutes les parties ont

on the language question that took place in the House of Commons. For example, counsel for the Attorney General for Alberta drew attention to the remarks of Sir Wilfrid Laurier that having regard to the small French population in the Territories he could not argue in favour of a right to the official use of French (*Debates of the House of Commons*, 1905, at p. 8577). But this remark, made in the course of the debate on a motion by Mr. Monk to entrench French and English, cannot really be read as supporting the view that the *Saskatchewan Act* was not meant to continue the existing situation. What he appears to have meant was that this was a matter to be left to the provincial legislature to deal with as it saw fit. This, in fact, was what the debate was about. Monk and Henri Bourassa, particularly, were convinced that if the province were given the power, it would abolish the language guarantees (see *id.*, at pp. 8850-51).

The prevailing view, however, was that the language provisions should not be entrenched so that the legislatures would be free to deal with the matter. Laurier himself stated that "When those courts shall have become provincial, we shall no longer have jurisdiction over them, and therefore the legislature will have the right to deal with the language in the courts as well as in the legislature" (*id.*, at pp. 8579-80). The Minister of Justice, Mr. Fitzpatrick, made the position clear. In speaking regarding s. 16 of the *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3 (which is identical to s. 16 of the *Saskatchewan Act*), he remarked that the provision was intended to maintain the existing conditions relating to the laws (*id.* at p. 8240). Speaking specifically of s. 110 he expressed the opinion at p. 8242 that if

[it] is carried forward . . . it would be the law as they will have it in the province after this constitutional Act is passed. Then of course, it would become subject to the control of the local legislature, and it will be a matter to be dealt with by them; and I say emphatically, . . . that is my intention. That is, the matter as I view it, ought to be dealt with by the local legislature . . .

attaché une importance considérable aux débats de la Chambre des communes sur la question linguistique. Par exemple, l'avocat du procureur général de l'Alberta a souligné l'observation de sir Wilfrid Laurier portant que, compte tenu de la faible population d'origine française dans les Territoires, il ne pouvait pas faire valoir un droit à l'usage officiel de la langue française (*Débats de la Chambre des communes*, 1905, à la p. 8781). Toutefois, cette observation faite dans le cadre d'un débat sur la motion présentée par M. Monk en vue d'enchâsser le français et l'anglais ne peut pas vraiment être interprétée comme appuyant le point de vue selon lequel la *Loi sur la Saskatchewan* n'était pas destinée à maintenir la situation qui existait alors. Ce qu'il semble avoir voulu dire, c'était que la législature d'une province devrait être laissée libre de régler cette question comme elle l'entendrait. En fait, c'est ce sur quoi portait le débat. Monk et Henri Bourassa, en particulier, étaient convaincus que, si on donnait le pouvoir à la province, elle abolirait les garanties linguistiques (voir *id.*, aux pp. 9064 et 9065).

Toutefois, selon l'opinion qui prévalait, les dispositions linguistiques ne devaient pas être enchâssées de manière que les législatures soient laissées libres de régler cette question. Sir Wilfrid Laurier lui-même a dit ceci: «Mais lorsque ces tribunaux seront devenus provinciaux, ils ne seront plus sous notre juridiction et la législature aura le droit de décider de quelle langue on devra se servir devant les tribunaux ou devant la législature» (*id.*, à la p. 8784). Le ministre de la Justice, M. Fitzpatrick, a clarifié la situation. Il a fait remarquer, au sujet de l'art. 16 de la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, chap. 3 (qui est identique à l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*), que cette disposition était destinée à maintenir les conditions existantes relatives aux lois (*id.*, à la p. 8434). Au sujet précisément de l'art. 110, il s'est dit d'avis à la p. 8436 que si

[il] est maintenu en vigueur [. . .] il aura force de loi dans la province après l'adoption du présent bill et alors, naturellement, la question sera du ressort de la législature qui pourra en disposer comme elle le jugera à propos, et je déclare ouvertement [. . .] que tel est mon intention. C'est une question qui doit être laissée entièrement à la législature.

This appears to have been the understanding on both sides of the House; see *id.*, at pp. 8531, 8843, 8850.

As I indicated, however, while legislative history may be useful in providing the backdrop and assisting in determining the purpose of legislation, the interpretation of the statute must in this as in other contexts be determined by the words used by the legislature to convey its intent. As will be seen, however, I agree with the opinion expressed by the then Minister of Justice and, for that matter, with that of Sir Wilfrid Laurier.

Continuation of Laws Under the Saskatchewan Act

One would assume that Parliament, in carving out the province of Saskatchewan out of the North-West Territories, would provide for the general continuation of laws except in so far as these were inconsistent with the province's constituent Act. As well, since Parliament would not expect these laws to continue forever, it would empower Parliament or the legislature, in accordance with the division of legislative power, to repeal or amend such laws.

That is precisely what s. 16 of the *Saskatchewan Act* does. It provides that "All laws . . . existing immediately before the coming into force of this Act in the territory hereby established as the province of Saskatchewan, shall continue in the said province as if this Act and *The Alberta Act* had not been passed". Then, as one would expect, s. 16 goes on to provide that these pre-existing laws are to apply only in so far as they are not inconsistent with anything in the *Saskatchewan Act* or as to which that Act contains a substitute therefor, and empowers the appropriate legislature to repeal or amend such laws.

Section 110 was a law at the establishment of the province and, therefore, barring other considerations, it continued in operation in the province. Is there anything in the Act, then, that is either inconsistent with or intended as a substitute

Il semble que ce soit ce que les deux côtés de la Chambre ont compris; voir *id.*, aux pp. 8734, 9058, 9064.

Toutefois, comme je l'ai indiqué, bien que l'historique législatif puisse être utile pour constituer la toile de fond et pour nous aider à déterminer l'objet de la mesure législative, l'interprétation de la Loi doit se faire, dans le présent contexte comme dans d'autres, en fonction des termes utilisés par le législateur pour communiquer son intention. Cependant, comme on le verra, je fais mienne l'opinion du ministre de la Justice de l'époque ainsi que, à ce propos, celle de sir Wilfrid Laurier.

Maintien des lois aux termes de la Loi sur la Saskatchewan

On pourrait présumer que le Parlement, en créant la province de la Saskatchewan à partir des territoires du Nord-Ouest, aurait prévu le maintien général des lois sauf dans la mesure où celles-ci étaient incompatibles avec la Loi constitutive de la province. De même, étant donné que le Parlement ne pouvait s'attendre à ce que ces lois s'appliquent toujours, il aurait accordé, conformément au partage du pouvoir législatif, au Parlement ou à la législature le pouvoir d'abroger ou de modifier ces lois.

C'est précisément ce que fait l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*. Il prévoit que «Toutes les lois . . . existant immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi dans le territoire qu'elle constitue en province, continueront d'exister dans la province de la Saskatchewan comme si la présente loi et l'Acte de l'Alberta n'eussent pas été rendus». Ensuite comme on pourrait s'y attendre, l'art. 16 prévoit que ces lois préexistantes s'appliquent seulement dans la mesure où elles ne dérogent à aucune disposition de la *Loi sur la Saskatchewan* ou dans la mesure où cette loi ne contient aucune disposition destinée à leur être substituée, et il accorde au législateur compétent le pouvoir d'abroger ou de modifier ces lois.

L'article 110 faisait partie du droit au moment de la création de la province et, donc, sous réserve d'autres considérations, il a continué à s'appliquer dans la province. Y a-t-il alors dans la Loi quelque chose qui soit incompatible avec l'art. 110 ou

for s. 110? It was argued, and on this point the trial judge and the majority of the Court of Appeal agreed, that s. 16 did not operate to continue the provisions of s. 110 that related to the Territorial Assembly. This argument, however, seems to me to involve a misunderstanding of the nature of provisions for the continuation of laws. In accord-
 ing rights to persons to speak English or French in 1877, the legislation necessarily had to be addressed to the then existing institutions—the Territorial Assembly and the courts in the Territories. To continue the laws establishing these rights, which s. 16 generally purports to do, it was obviously necessary to apply them to the successor institutions.

Precedents for thus applying existing laws to newly created institutions are not lacking. Indeed, in this specific area, the English Act of 1731, already mentioned, which provided that proceedings are to be conducted in the English tongue, is specifically confined to the “Courts of Justice within that Part of *Great Britain*, called *England*, and . . . the Court of Exchequer in *Scotland*”. So much was this provision considered to be of local application that it required an express amendment to extend it to Wales; see Robert W. Kerr, “*Regina v. Murphy and Language Rights Legislation*” (1970), 20 *U.N.B.L.J.* 35, at p. 37. Yet the courts in several provinces have found no difficulty in applying this provision to their courts; see *R. v. Murphy* (1968), 69 D.L.R. (2d) 530 (N.B.C.A.); *Re Poulin* (1968), 64 W.W.R. 705 (B.C.S.C.)

That the various “laws, orders and regulations” continued by s. 16 would not be out of place in their application to the new legislature is evident from the fact that this new body functioned in much the same way as the Territorial Assembly. Section 14 of the *Saskatchewan Act* so provides in the following terms:

14. Until the said Legislature otherwise determines, all the provisions of the law with regard to the constitu-

destiné à le remplacer? On a soutenu, et sur ce point le juge du procès et les juges formant la majorité de la Cour d'appel étaient d'accord, que l'art. 16 n'a pas eu pour effet de maintenir en vigueur les dispositions de l'art. 110 qui se rapportaient à l'Assemblée territoriale. Toutefois, cet argument me semble comporter une erreur quant à la nature des dispositions relatives au maintien des lois. En accordant en 1877 des droits permettant aux personnes de s'exprimer en français ou en anglais, la mesure législative devait nécessairement viser les institutions qui existaient à l'époque, savoir l'Assemblée territoriale et les tribunaux dans les Territoires. Afin de maintenir en vigueur les lois établissant ces droits, ce que l'art. 16 est d'une manière générale censé faire, il était de toute évidence nécessaire de les appliquer aux institutions qui leur ont succédé.

Les précédents venant appuyer une telle application des lois en vigueur aux institutions nouvellement créées ne manquent pas. En fait, dans ce domaine précis, la loi anglaise de 1731, mentionnée précédemment, qui prévoit que les procédures doivent se dérouler en anglais, vise expressément les [TRADUCTION] «cours de justice dans cette partie de la *Grande-Bretagne*, appelée *Angleterre*, et [...] la Cour de l'Échiquier en *Écosse*». On considérait tellement que cette disposition avait une application locale qu'il a fallu une modification expresse pour en étendre l'application au pays de Galles; voir Robert W. Kerr, «*Regina v. Murphy and Language Rights Legislation*» (1970), 20 *U.N.B.L.J.* 35, à la p. 37. Il reste que, dans plusieurs provinces, les tribunaux n'ont eu aucune difficulté à appliquer cette disposition; voir *R. v. Murphy* (1968), 69 D.L.R. (2d) 530 (C.A.N.-B.); *Re Poulin* (1968), 64 W.W.R. 705 (C.S.C.-B.)

Il ressort clairement du fait que la nouvelle Assemblée législative fonctionnait à peu près de la même manière que l'Assemblée territoriale qu'il ne serait pas déplacé d'appliquer à ce nouvel organisme les divers «lois, ordonnances et règlements» maintenus par l'art. 16. L'article 14 de la *Loi sur la Saskatchewan* le prévoit de la manière suivante:

14. Jusqu'à ce que la dite législature en statue autrement, toutes les dispositions de la loi relatives à la

tion of the Legislative Assembly of the North-west Territories and the election of members thereof shall apply, *mutatis mutandis*, to the Legislative Assembly of the said province and the election of members thereof respectively.

Indeed I am inclined to think that the broad wording used in this provision was intended to cover in a general and comprehensive way the laws governing the operation of the legislature. Parliament obviously intended to avoid the elaborate 19th century phraseology in which these matters are couched in the *Constitution Act, 1867* in relation to the House of Commons and the Legislatures of Ontario and Quebec, and chose instead to adopt an approach similar to that employed in that Act in relation to the Legislatures of Nova Scotia and New Brunswick, which simply provided that the constitution of their legislatures should continue, relying for the rest on the general provision for the continuance of laws. Put briefly, I am of the view that, either by virtue of s. 14 alone or read in conjunction with s. 16, the *Saskatchewan Act* provided for the continuance of all laws governing the legislature that were not inconsistent with the Act in the same way as other laws. There is, no doubt, some overlap but it was necessary for Parliament to deal expressly with the Legislature and it was natural, if only as a matter of caution, to expressly provide for continuity here in a manner similar to the *Constitution Act, 1867*.

In considering a statute like the *Saskatchewan Act*, which established a new province and accorded it broad legislative powers, we constantly need to remind ourselves of Marshall C.J.'s admonition "that it is a *constitution* [that] we are expounding"; *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), at p. 407. The incongruous results that can flow from interpreting constitutional instruments in a narrow and restricted manner can be exemplified by *Strachan v. Lamont* (1906), 4 W.L.R. 411, upon which the respondent relied and by which the Court of Appeal felt bound. The case dealt with a controverted election following the first election of members to the new Saskatchewan Legislature. A majority of the court held that the

constitution de l'assemblée législative des territoires du Nord-Ouest et à l'élection des membres de cette assemblée, s'appliquent, *mutatis mutandis*, à l'assemblée législative de la dite province et à l'élection des membres de cette assemblée respectivement.

En fait, je suis porté à croire que les termes généraux utilisés dans cette disposition étaient destinés à viser d'une manière générale et complète les lois régissant le fonctionnement de l'Assemblée législative. De toute évidence, le Parlement a voulu éviter le style compliqué du XIX^e siècle utilisé pour inscrire ces questions dans la *Loi constitutionnelle de 1867* relativement à la Chambre des communes ainsi qu'aux législatures de l'Ontario et du Québec. Il a plutôt choisi d'adopter un texte semblable à celui utilisé dans cette loi relativement aux législatures de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, qui prévoyait simplement que la constitution de leur assemblée législative serait maintenue en vigueur, se fondant pour le reste sur les dispositions générales relatives au maintien des lois. Bref, je suis d'avis qu'en vertu de l'art. 14 pris isolément ou conjointement avec l'art. 16, la *Loi sur la Saskatchewan* prévoyait le maintien de toutes les lois régissant l'Assemblée législative qui ne dérogeaient pas à la Loi de la même manière que les autres lois. Il y a indubitablement des chevauchements, mais il était nécessaire que le Parlement traite expressément de l'Assemblée législative et il était naturel, si ce n'est que par prudence, de prévoir expressément la continuité en ce cas d'une façon semblable à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En examinant une loi comme la *Loi sur la Saskatchewan* qui a créé une nouvelle province et lui a accordé de larges pouvoirs législatifs, nous devons constamment nous rappeler l'avertissement du juge en chef Marshall [TRADUCTION] «que c'est une *constitution* [que] nous interprétons»: *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), à la p. 407. On peut trouver un exemple des résultats aberrants qui peuvent découler de l'interprétation étroite et restrictive des textes constitutionnels, dans l'arrêt *Strachan v. Lamont* (1906), 4 W.L.R. 411, que l'intimé a invoqué et par lequel la Cour d'appel s'est sentie liée. L'affaire portait sur une contestation d'élection faisant suite à l'élection des premiers membres de la nou-

Controverted Elections Ordinance of the North-West Territories had not been continued either under s. 14 or s. 16 of the *Saskatchewan Act*. Chief Justice Sifton first stated that he thought it a serious objection "that the Ordinance ... referred in specific terms to a body, 'The Legislative Assembly of the North-West Territories', which was no longer in existence, and the only power it gave the Court was to remove and in some cases replace a member of that assembly" (pp. 412-13). He went on to say that the word "constitution" in s. 14 of the *Saskatchewan Act* did not cover all laws in any way affecting the legislature and that the word "election" applied to provisions for electing members to the legislature, not to those for removing them when elected.

Nor in Sifton C.J.'s view would s. 16 of the Act cover the election or removal of members. That section, he opined, did not apply to "special legislation" as was evident from the fact that s. 14 explicitly dealt with the legislature and that s. 16(3) continued the existence of all societies and professional associations.

I find the judgment difficult to follow. Obviously, a new legislature had to be created and it was not unnatural for Parliament to indicate how the relevant pre-existing laws were to apply to this new institution, and this it did, either under s. 14 or s. 16. Similar provisions incidentally were made in respect of the Lieutenant-Governor and the Executive Council (see s. 10). A general intent to continue all laws is indicated. The structure of the Act, in fact, is not unlike that appearing in the *Constitution Act, 1867*.

The express continuation of institutions, such as professional societies, which appears to have troubled Sifton C.J., is not really surprising. All existing institutions of, or deriving from, government

velle Assemblée législative de la Saskatchewan. La cour, à la majorité, a conclu que la *Controverted Elections Ordinance* des territoires du Nord-Ouest n'avait pas été maintenue en vigueur aux termes des art. 14 ou 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*. Le juge en chef Sifton a d'abord dit qu'il croyait qu'il y avait une objection sérieuse [TRADUCTION] «selon laquelle l'ordonnance ... mentionnait expressément un organisme, «l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest», qui n'existait plus, et le seul pouvoir qu'elle donnait à la cour était de destituer et, dans certains cas, de remplacer un membre de cette assemblée» (pp. 412 et 413). Il a poursuivi en disant que le terme «constitution» à l'art. 14 de la *Loi sur la Saskatchewan* ne visait pas toutes les lois touchant, d'une manière ou d'une autre, à l'Assemblée législative et que le terme «élection» s'appliquait aux dispositions relatives à l'élection des membres de l'Assemblée législative et non à celles relatives à leur destitution lorsqu'ils avaient été élus.

De l'avis du juge en chef Sifton, l'art. 16 de la Loi ne s'appliquait pas non plus à l'élection ou à la destitution des membres. Cet article, à son sens, ne s'appliquait pas aux [TRADUCTION] «mesures législatives spéciales», ce qui ressortait clairement du fait que l'art. 14 visait d'une manière explicite l'Assemblée législative et que le par. 16(3) maintenait l'existence de toutes les sociétés et associations professionnelles.

Il est difficile de suivre cet arrêt. De toute évidence, une nouvelle assemblée législative devait être créée et il était naturel que le Parlement indique de quelle manière les lois antérieures pertinentes s'appliqueraient à cette nouvelle institution et c'est ce qu'il a fait aux termes de l'art. 14 ou de l'art. 16. Incidemment, des dispositions semblables ont été adoptées en ce qui a trait au lieutenant-gouverneur et au conseil exécutif (voir art. 10). On manifeste une intention générale de maintenir en vigueur toutes les lois. En fait, la structure de la Loi est semblable à celle de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le maintien exprès d'institutions comme les sociétés professionnelles, qui semble avoir troublé le juge en chef Sifton, n'est guère surprenant. Toutes les institutions existantes du gouvernement

appear to have been expressly continued. Though the general provision for the continuation of laws would probably have been sufficient to carry these forward, many of these provisions may have been added either out of an abundance of caution or, as in the case of the legislature or joint stock companies (s. 16(4)), because it was thought necessary to deal with these institutions for some specific purpose. Thus in the case of the professional societies (s. 16(3)), which Sifton C.J. used to support his notion of "special legislation", it was provided that they could be abolished by the Governor in Council, not the Lieutenant-Governor in Council as one would otherwise think would be the case. What is abundantly clear, as one would expect, is that the Act provides for a general continuation of laws and institutions except as otherwise dealt with in the Act, it being left to the appropriate legislature, in express terms in almost every section, to deal with them later as it saw fit.

Generally, I have grave difficulty understanding what would be comprehended by the term "special legislation" and how such a concept can be read into the legislation, which makes it clear that all laws were continued unless inconsistent with the Act or unless they were subsequently repealed. The term nowhere appears in the Act, and it is significant that no such concept has ever developed under s. 129 of the *Constitution Act, 1867*. This judicially invented concept is quite indefinable. Why, for example, provisions for controverted elections should be special and not continued, thereby leading to a serious hiatus in the law is difficult to fathom. Wetmore J. expressed the same sentiment in *Strachan*, at p. 415. "I cannot", he said, "bring my mind to the conclusion that Parliament intended by the Act in question to compel the Assembly of the province to resort to the old mode of trying out controverted elections by means of the Assembly, or a committee thereof, and not avail themselves of the machinery which was in force in the Territories relating to the Territorial Assembly for the purpose of trying out such controverted elections." Despite this, Wetmore J., however, went on to agree with Sifton

ou celles qui en découlaient paraissent avoir été maintenues de manière expresse. Bien que la disposition générale relative au maintien des lois eût probablement été suffisante pour les maintenir en vigueur, un bon nombre de ces dispositions ont pu être ajoutées à titre de précaution supplémentaire ou, comme dans le cas de l'Assemblée législative ou des compagnies par actions (par. 16(4)), parce qu'on jugeait nécessaire de mentionner ces institutions pour une raison quelconque. Ainsi, dans le cas des sociétés professionnelles (par. 16(3)), que le juge en chef Sifton a mentionnées pour appuyer sa notion de «mesures législatives spéciales», il était prévu qu'elles pourraient être abolies par le gouverneur en conseil et non par le lieutenant-gouverneur en conseil comme on aurait pu le croire. Ce qui est parfaitement clair, comme on pourrait s'y attendre, c'est que la Loi prévoit le maintien général des lois et des institutions sauf disposition contraire de la Loi, en laissant, expressément, dans presque chaque article, le législateur compétent libre de traiter de celles-ci plus tard comme bon lui semblera.

D'une manière générale, j'ai beaucoup de difficulté à comprendre ce qui serait visé par l'expression «mesures législatives spéciales» et comment une telle notion pourrait être insérée par interprétation dans la Loi qui indique clairement que toutes les lois continueront d'exister à moins d'incompatibilité avec la Loi ou d'abrogation subséquente. L'expression ne figure nulle part dans la Loi et il est révélateur qu'aucune notion de ce genre n'ait jamais été établie aux termes de l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette notion inventée par la cour est tout à fait indéfinissable. Il est difficile de saisir notamment pourquoi les dispositions relatives aux élections contestées devraient être spéciales et ne pas être maintenues, ce qui aurait pour effet de créer une lacune grave dans la loi. Le juge Wetmore a exprimé le même sentiment dans l'arrêt *Strachan*, à la p. 415. [TRA-DUCTION] «Je ne puis, dit-il, arriver à la conclusion que le Parlement a voulu, par la loi en question, obliger l'Assemblée de la province à recourir à l'ancienne façon de saisir l'Assemblée, ou un de ses comités, des élections contestées et à ne pas avoir recours au mécanisme en vigueur dans les Territoires, qui laissait à l'Assemblée territoriale le

C.J. What this reveals, as I indicated earlier, is an approach to statutory interpretation that is wholly out of place in the construction of constitutional instruments.

The proper approach, it seems to me, would have been to interpret the statute broadly to effect the obvious and sensible purpose of Parliament to continue existing laws until the new legislature could turn its mind to them. I, therefore, much prefer the views of the dissenting judge, Scott J., who, though somewhat uncertain about whether "election" should cover controverted elections, thought "the word 'constitution' in sec. 14 must be construed as referring to the whole body of the laws . . . which relate not only to the creation and organization, but also all those relating to its powers, duties, and privileges, and all the limitations with respect thereto which have been enacted by the territorial legislature itself, or by a superior legislative body" (p. 417). (Emphasis added.) But even the narrow interpretation of the majority will not assist the respondent here, for Sifton C.J. explicitly recognized that an ordinance that dealt with "the number of legislators, quorum, election of Speaker, rules for conduct, etc., and generally with the constitution of the Assembly" (emphasis added) fell within the words "with regard to the constitution" in s. 14 (p. 414). It seems to me that the language of debates and records and of the statutes plainly fall within this general description and that the approach applies, *a fortiori*, to a provision, like s. 110 of *The North-West Territories Act*, enacted by Parliament itself to govern the matter. This method of approach is entirely consistent with what this Court has had to say about the meaning of provincial constitution in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, *supra*, at pp. 1023-24, and *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, *per* Beetz J., at pp. 37-47.

soin de vérifier les élections contestées.» Malgré cela, toutefois, le juge Wetmore a souscrit à l'opinion du juge en chef Sifton. Comme je l'ai indiqué précédemment, cela dénote une méthode d'interprétation législative qui est tout à fait déplacée quand il s'agit d'interpréter un texte constitutionnel.

Il me semble que la bonne façon de procéder aurait consisté à interpréter la Loi d'une manière générale afin de réaliser l'objectif manifeste et raisonnable du Parlement qui était de maintenir les lois existantes en vigueur jusqu'à ce que la nouvelle assemblée législative puisse les examiner. Par conséquent, je préfère de loin l'opinion du juge Scott, dissident, qui, sans être certain que le terme «élection» doive viser les élections contestées, est d'avis que [TRADUCTION] «le terme «constitution» à l'art. 14 doit être interprété comme visant l'ensemble des lois [...] qui ne se rapportent pas seulement à la création et à l'organisation, mais également toutes celles qui se rapportent à ses pouvoirs, fonctions et privilèges et à toutes les restrictions relatives à celles-ci qui ont été adoptées par l'Assemblée législative des Territoires elle-même, ou par un organisme législatif supérieur» (p. 417). (Je souligne.) Cependant, même l'interprétation restrictive de la majorité n'est d'aucune utilité à l'intimé en l'espèce, car le juge en chef Sifton a reconnu explicitement qu'une ordonnance qui traite [TRADUCTION] «du nombre de législateurs, du quorum, de l'élection du président, des règles de conduite, etc., et d'une manière générale de la constitution de l'Assemblée» (je souligne) relève des termes «relatives à la constitution» que l'on trouve à l'art. 14 (p. 414). Il me semble que la langue des délibérations et des procès-verbaux ainsi que des lois s'inscrit clairement dans le cadre de cette description générale et que ce point de vue s'applique à fortiori à une disposition comme l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, adoptée par le Parlement lui-même pour régir la question. Cette conception est entièrement compatible avec ce que la Cour a dit quant au sens de l'expression «constitution provinciale» dans les arrêts *Procureur général du Québec c. Blaikie*, précité, aux pp. 1023 et 1024, et *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, le juge Beetz, aux pp. 37 à 47.

I conclude, then, that the *Strachan* case was clearly and fundamentally wrong and should be overruled. I am at a loss to see what difference the Saskatchewan Legislature's relying upon it could have made, though I rather doubt if much reliance has been placed on it over the years. It is interesting that it has seldom been referred to in other cases and in none would it be of assistance for present purposes.

No other argument was made that any provision of the *Saskatchewan Act* was inconsistent with s. 110 of *The North-West Territories Act* or intended as a substitute for it. Nor, even on the assumption that such an amendment could be made without complying with s. 110 (a matter I will discuss later), have we been directed to any amendment of the provisions of that section regarding the language of the statutes. *The Legislative Assembly Act*, S.S. 1906, c. 4, did not, pursuant to s. 14 of the *Saskatchewan Act*, exclude the application of s. 110. It follows that s. 110 continues in effect and that the statutes of Saskatchewan must be enacted, printed and published in English and French.

The foregoing reasoning applies *a fortiori* to the courts, which are expressly continued by s. 16 of the *Saskatchewan Act*. As Bayda C.J.S., speaking for the majority of the Court of Appeal, observed, the law "pertaining to languages, is not tied to a special institution" in that part of s. 110 dealing with the courts. I agree with him, therefore, that "[t]his means that different courts can come and go but the law remains and applies irrespective of those comings and goings." Belzil J.A. in *R. v. Lefebvre*, *supra*, at pp. 140-41, observed that this is, in fact, what happened before the enactment of the *Saskatchewan Act*. When section 110 was first passed, he stated, the courts which the provision affected were those of the stipendiary magistrates, but when these were replaced by the Supreme Court of the North-West Territories the provision continued to apply to it. In like manner, s. 110 continued to apply when the latter court was replaced by the Supreme Court and other courts of the province. It should be remembered that when the Supreme Court of the Territories was con-

Je conclus donc que l'arrêt *Strachan* est clairement et fondamentalement erroné et qu'il doit être écarté. Je suis incapable de voir quelle différence cela aurait pu faire que l'Assemblée législative de la Saskatchewan se fonde sur cet arrêt, bien que je doute qu'on l'ait beaucoup invoqué au cours des années. Il est intéressant de souligner qu'il a rarement été mentionné dans d'autres arrêts et dans aucun qui serait utile en l'espèce.

On n'a présenté aucun autre argument portant qu'une disposition de la *Loi sur la Saskatchewan* était incompatible avec l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* ou était destinée à le remplacer. Et, même si l'on présume qu'on pourrait apporter une telle modification sans respecter l'art. 110 (question dont je discuterai plus tard), on ne nous a pas non plus présenté de modifications des dispositions de cet article concernant la langue des lois. *The Legislative Assembly Act*, S.S. 1906, chap. 4, n'a pas exclu, en vertu de l'art. 14 de la *Loi sur la Saskatchewan*, l'application de l'art. 110. Il s'ensuit que l'art. 110 continue d'être en vigueur et que les lois de la Saskatchewan doivent être adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais.

Le raisonnement qui précède s'applique à fortiori aux tribunaux, qui sont expressément maintenus par l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Bayda de la Saskatchewan, au nom de la Cour d'appel à la majorité, le droit [TRADUCTION] «relatif à la langue n'est pas lié à une institution spéciale» dans la partie de l'art. 110 qui traite des tribunaux. Je conviens donc avec lui que [TRADUCTION] «[c]ela signifie que différents tribunaux peuvent être créés et dissous, mais le droit demeure et s'applique indépendamment de ce va-et-vient.» En fait, c'est ce qui s'est produit avant l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan*. Dans l'arrêt *R. v. Lefebvre*, précité, aux pp. 140 et 141, le juge Belzil a fait remarquer que c'était ce qui s'est effectivement produit lors de l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan*. Lorsque l'art. 110 a été adopté à l'origine, a-t-il dit, les tribunaux visés par la disposition étaient les magistrats stipendiaires, mais lorsque ceux-ci ont été remplacés par la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest, la disposition a conti-

tinued in the province, it did so no longer as a territorial court but as a Saskatchewan court. It was disestablished in what remained of the territories by *The North-west Territories Amendment Act*, 1905, S.C. 1905, c. 27, ss. 2 and 8, enacted on the same day as the *Saskatchewan Act*. The subsequent restructuring of the courts in no way changed the law applicable generally to all courts. It is interesting that the courts of Saskatchewan feel they have sufficient bilingual capacity to conduct criminal trials in French or could with little difficulty be organized to do so; see *R. v. Tremblay*, *supra*, at pp. 464-65; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, *supra*, at pp. 619-20.

It will be obvious that I do not accept that s. 110 was somehow intended as a purely transitional measure. Provisions like s. 16 of the *Saskatchewan Act* continue statutes until repealed. We have countless laws that continue to this day by virtue of s. 129 of the *Constitution Act, 1867*. In this general context, it is interesting that Laskin C.J.C. in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at pp. 224-25, noted that the prosecutorial power of provincial Attorneys General in criminal law matters continued for some twenty-five years by virtue of that provision.

It must also be underlined that no mention is made of language at all in the various Acts that restructured the Saskatchewan judicial system, so it is not easy to see how there could be an implied repeal of s. 110. As I have already mentioned as well, it is also not easy to understand how English would have become the language of the courts by virtue of the 1731 English statute mentioned

nué à s'appliquer à celle-ci. De même, l'art. 110 a continué à s'appliquer lorsque ce dernier tribunal a été remplacé par la Cour suprême et les autres tribunaux de la province. Il convient de se rappeler que, lorsque l'existence de la Cour suprême des Territoires a été maintenue dans la province, il ne s'agissait plus désormais d'une cour territoriale mais d'un tribunal de la Saskatchewan. Elle était abolie dans ce qui restait des Territoires par l'*Acte modificatif de l'Acte des territoires du Nord-Ouest*, 1905, S.C. 1905, chap. 27, art. 2 et 8, adoptée le même jour que la *Loi sur la Saskatchewan*. La restructuration subséquente des tribunaux n'a nullement modifié le droit applicable d'une manière générale à tous les tribunaux. Il est bon de constater que les tribunaux de la Saskatchewan estiment qu'ils sont suffisamment bilingues pour tenir des procès criminels en français ou qu'ils pourraient sans trop de difficulté être organisés pour le faire; voir *R. v. Tremblay*, précité, aux pp. 464 et 465; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, précité, aux pp. 619 et 620.

Il est évident que je n'accepte pas que l'art. 110 était en quelque sorte destiné à constituer une mesure purement transitoire. Des dispositions comme l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan* maintiennent l'existence des lois jusqu'à ce qu'elles soient abrogées. Il y a d'innombrables lois qui continuent à être en vigueur en vertu de l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans ce contexte général, il est intéressant de souligner que le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, aux pp. 224 et 225, a noté que le pouvoir qu'ont les procureurs généraux des provinces d'engager des poursuites en matière de droit criminel a été maintenu pendant environ vingt-cinq ans en vertu de cette disposition.

Il convient également de souligner que les diverses lois qui ont restructuré le système judiciaire de la Saskatchewan ne mentionnent nullement la question de la langue. Alors il n'est pas facile de voir comment l'art. 110 aurait pu être abrogé implicitement. De même, comme je l'ai déjà mentionné, il n'est pas facile non plus de comprendre de quelle manière l'anglais serait devenu la langue

above. That statute never became law in the Territories, since any existing law on the language of the courts was impliedly repealed by s. 110 which fully covered the subject-matter, and no statute so repealed comes into force by the mere fact that the repealing statute is itself abrogated. There was, therefore, no law regarding the language of the courts to be continued other than s. 110.

All there is left, then, to establish an inference that English is the language of the courts is that certain rules of court and court forms were written on the assumption that the judicial system would operate in English. But that is the same assumption, and the same reality, that prevailed before these rules were enacted and, indeed, before the *Saskatchewan Act* came into effect when, for reasons already given, there can be no doubt that s. 110 was the law. Apart altogether from this, can it be supposed that a rule of law so deeply rooted in the history of this country could be swept away by a side wind like the preparation of court forms and the like? How could a statute, particularly one so fundamental as this, be repealed in this fashion? This is very far, indeed, from the stringent tests that have been established to warrant a holding that a statute has been impliedly repealed. As the court put it in *The India* (1865), 12 L.T.N.S. 316, at p. 316, a prior statute is repealed by implication only "if the entire subject-matter has been so dealt with in subsequent statutes that, according to all ordinary reasoning, the particular provisions in the prior statute could not have been intended to subsist"; see also *Seward v. The "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59 (H.L.), at p. 68; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 234.

The last point I have made, and indeed the argument regarding continuity generally, are powerfully reinforced by the rules regarding the manner in which rights of this kind should be approached. I begin with the well-established prin-

des tribunaux en vertu de la loi anglaise de 1731 mentionnée précédemment. Cette loi n'a jamais fait partie du droit des Territoires étant donné que toute loi existante portant sur la langue des tribunaux a été implicitement abrogée par l'art. 110 qui réglait complètement la question et aucune loi ainsi abrogée n'entre en vigueur du simple fait que la loi abrogatoire est elle-même abrogée. Par conséquent, outre l'art. 110, il n'y avait aucune mesure législative concernant la langue des tribunaux qui pouvait être maintenue en vigueur.

Alors tout ce qui reste pour déduire que l'anglais est la langue des tribunaux, c'est que certaines règles et certains formulaires judiciaires ont été rédigés en fonction de l'hypothèse que le système judiciaire fonctionnerait en anglais. Mais il s'agit de la même hypothèse et de la même réalité qui prévalaient avant l'adoption de ces règles et, en fait, avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Saskatchewan* lorsque, pour les raisons déjà exposées, l'art. 110 constituait sans aucun doute le droit applicable. À part cela, peut-on supposer qu'une règle de droit aussi profondément enracinée dans l'histoire de ce pays puisse être écartée par un moyen aussi indirect que la préparation des formulaires judiciaires et ainsi de suite? Comment une loi, en particulier une loi aussi fondamentale que celle-ci, peut-elle être abrogée de cette manière? En fait, cette situation est très loin des critères stricts qui ont été établis pour justifier la conclusion qu'une loi a été abrogée implicitement. Comme la cour l'a dit dans l'arrêt *The India* (1865), 12 L.T.N.S. 316, à la p. 316, une loi antérieure n'est abrogée implicitement que [TRADUCTION] «si tout le sujet a été traité par des lois subséquentes de telle manière que, selon tout raisonnement ordinaire, les dispositions particulières de l'ancienne loi ne pouvaient être destinées à rester en vigueur»; voir également *Seward v. The "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59 (H.L.), à la p. 68; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), à la p. 234.

Le dernier point que j'ai fait ressortir et, en fait, l'argument de la continuité d'une manière générale sont fortement renforcés par les règles concernant la manière d'aborder ce genre de droit. Je commence par le principe bien établi selon lequel les

ciple that statutes are not to be read as interfering with vested rights unless that intention is declared expressly or by necessary implication. Duff C.J. in *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, put it this way, at p. 638:

A legislative enactment is not to be read as prejudicially affecting accrued rights, or "an existing status" (*Main v. Stark* (1890), 15 App. Cas. 384, at 388), unless the language in which it is expressed requires such a construction. The rule is described by Coke as a "law of Parliament" (2 Inst. 292), meaning, no doubt, that it is a rule based on the practice of Parliament; the underlying assumption being that, when Parliament intends prejudicially to affect such rights or such a status, it declares its intention expressly, unless, at all events, that intention is plainly manifested by unavoidable inference.

See also Driedger, *Construction of Statutes*, op. cit., at pp. 183-85.

I should observe here that while s. 110 governs procedural matters, it does not serve merely procedural ends. It embodies procedural rules that give rights to individuals and, in fact, those rules are to some extent framed in terms of rights. "Either the English or French language", s. 110 reads, "may be used by any person in the debates of the Legislative Assembly of the Territories and in the proceedings before the courts" (emphasis added). As well, the printing of the records and the enactment, printing and publishing of the statutes in both languages are not purely mechanical rules of procedure but are obviously intended for the benefit of the individuals who use those languages. As this Court noted in *Reference re Manitoba Language Rights*, supra, at p. 744, in speaking of the duty imposed by the similarly worded s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*: "This duty protects the substantive rights of all Manitobans to equal access to the law in either the French or the English language." They are language rights or language guarantees as all the cases in this Court from *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, to *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549,

lois ne doivent pas être interprétées comme portant atteinte aux droits acquis à moins que cette intention ne soit déclarée expressément ou par déduction nécessaire. Le juge en chef Duff, dans l'arrêt *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, l'a dit de la manière suivante à la p. 638:

[TRADUCTION] On ne doit pas interpréter une disposition législative de manière qu'elle porte atteinte aux droits acquis ou à «un statut existant» (*Main v. Stark* (1890), 15 App. Cas. 384, à la p. 388), à moins que son texte ne requière cette interprétation. Coke considère cette règle comme une «loi du Parlement» (2 Inst. 292), voulant sans doute dire par là que c'est une règle fondée sur la pratique parlementaire, le présomption sous-jacente étant que, lorsque le Parlement entend porter atteinte à de tels droits, à un tel statut, il fait connaître son intention expressément à moins, en tout les cas, que son intention ne soit parfaitement manifeste par déduction inévitable.

Voir également Driedger, *Construction of Statutes*, op. cit., aux pp. 183 à 185.

Il convient de faire remarquer à ce point-ci que bien que l'art. 110 régit les questions de procédure, il ne sert pas simplement à des fins de procédure. Il renferme des règles de procédure qui confèrent des droits aux particuliers et en fait ces règles sont dans une certaine mesure formulées en termes de droits. L'article 110 prévoit que «Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice» (je souligne). De même, l'impression des procès-verbaux ainsi que l'adoption, l'impression et la publication des lois dans les deux langues ne constituent pas une règle de procédure purement mécanique, mais sont, de toute évidence, destinées à profiter aux particuliers qui utilisent ces langues. Comme cette Cour l'a fait remarquer dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 744, en parlant de l'obligation imposée par l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* dont le texte est semblable: «Cette obligation a pour effet de protéger les droits fondamentaux de tous les Manitobains à l'égalité de l'accès à la loi dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise.» Il s'agit de droits ou de

make clear. A parallel situation exists in other areas of procedural law. Thus most of the rules of evidence are directed at purely procedural purposes, but others are aimed at protecting certain institutions; for example, the rule against compelling spouses from testifying against one another serves no procedural end but is grounded in the desire to protect the marital relationship; see *Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474 (H.L.), *per* Viscount Dilhorne, at p. 494 and Lord Salmon, at p. 495.

The remarks I have referred to in the *Spooner* case, *supra*, respecting vested rights had reference to mere property and financial concerns. The courts, and particularly this Court, have expressed themselves in even stronger terms in the area of law giving expression to human rights which it has treated as being of an almost constitutional nature. Repeal of such laws requires "clear legislative pronouncement", to use McIntyre J.'s words in *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156. He there set forth the proper approach to such legislation in the following passage at p. 156:

In any event, I am in agreement with Monnin C.J.M. where he said:

Human rights legislation is public and fundamental law of general application. If there is a conflict between this fundamental law and other specific legislation, unless an exception is created, the human rights legislation must govern.

This is in accordance with the views expressed by Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145. Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such nature that it may not be altered, amended, or

garanties linguistiques comme le démontrent clairement tous les arrêts de cette Cour, depuis *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, jusqu'à *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549. Une situation parallèle existe dans d'autres domaines du droit en matière de procédure. Ainsi, la plupart des règles de preuve visent des fins purement procédurales, mais d'autres visent la protection de certaines institutions; par exemple, la règle interdisant de forcer les conjoints à témoigner l'un contre l'autre ne sert aucune fin procédurale, mais est fondée sur la volonté de protéger le lien matrimonial; voir l'arrêt *Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474 (H.L.), le vicomte Dilhorne à la p. 494, et lord Salmon à la p. 495.

Les observations tirées de l'arrêt *Spooner*, précité, dont j'ai fait mention, concernant les droits acquis, ne visaient que de simples préoccupations financières et relatives à des biens. Les tribunaux, et cette Cour en particulier, se sont exprimés en des termes encore plus vigoureux relativement au domaine des lois portant sur les droits de la personne qui ont été traitées comme étant de nature quasi constitutionnelle. L'abrogation de telles lois exige une «déclaration législative claire», pour reprendre l'expression utilisée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 156. À la page 156 de cet arrêt, il énonce, dans le passage suivant, la façon dont il faut aborder ces lois:

Quoi qu'il en soit, je partage l'avis du juge en chef Monnin lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] Une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et fondamentale. S'il y a conflit entre cette loi fondamentale et une autre loi particulière, à moins qu'une exception ne soit créée, la loi sur les droits de la personne doit prévaloir.

Cela est conforme au point de vue exprimé par le juge Lamer dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145. Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une

repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save-by clear legislative pronouncement. To adopt and apply any theory of implied repeal by later statutory enactment to legislation of this kind would be to rob it of its special nature and give scant protection to the rights it proclaims. In this case it cannot be said that s. 50 of the 1980 consolidation is a sufficiently express indication of a legislative intent to create an exception to the provisions of s. 6(1) of *The Human Rights Act*.

If human rights legislation can be said to be fundamental or almost constitutional, it is at least equally true of the legislation at issue here; for many years it was entrenched, so far as the inhabitants of the area to which it applied were concerned, since it could only be removed by Parliament, not the local legislature, something, it will be remembered, Parliament had refused to do. It formed part of the basic law of a vast area of this country from the earliest days of the founding of the nation and is rooted in a deeply sensitive reality recognized in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which, among our fundamental constitutional values, sets forth that English and French are the official languages of this country (s. 16(1)).

It can hardly be gainsaid that language is profoundly anchored in the human condition. Not surprisingly, language rights are a well-known species of human rights and should be approached accordingly; see *International Covenant on Civil and Political Rights*, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), art. 27; M. Tabory, "Language Rights as Human Rights" (1980), 10 *Israel Y.B. on Human Rights* 167. A majority of this Court in *Société des Acadiens*, supra, at p. 578, clearly expressed the view that "language rights belong to the category of fundamental rights" (*per* Beetz J.), a view the Court had earlier expressed in *Reference re Manitoba Language Rights*, supra, in the following passage at p. 744:

nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. Adopter et appliquer une théorie quelconque d'abrogation implicite d'une loi de ce genre au moyen d'un texte législatif ultérieur équivaldrait à la dépouiller de sa nature spéciale et à protéger fort inadéquatement les droits qu'elle proclame. En l'espèce, on ne peut pas dire que l'art. 50 de la refonte de 1980 est une indication suffisamment explicite de l'intention du législateur de créer une exception aux dispositions du par. 6(1) de *The Human Rights Act*.

Si on peut dire que la législation en matière de droits de la personne est fondamentale ou quasi constitutionnelle, c'est au moins tout aussi vrai de la loi dont il est question en l'espèce; elle a été enchâssée pendant de nombreuses années dans la mesure où les habitants de cette région auxquels elle s'appliquait étaient concernés, puisqu'elle ne pouvait être supprimée non pas par l'assemblée législative locale, mais seulement par le Parlement qui, faut-il le rappeler, avait refusé de le faire. Elle faisait partie du droit fondamental d'une vaste région de ce pays depuis les premiers jours de la fondation de la nation et elle est enracinée dans une réalité profondément délicate reconnue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui, parmi nos valeurs constitutionnelles fondamentales, établit que le français et l'anglais sont les langues officielles de ce pays (par. 16(1)).

On peut difficilement nier que la langue est profondément ancrée dans la condition humaine. Les droits linguistiques, cela n'a rien d'étonnant, constituent un genre bien connu de droits de la personne et devraient être abordés en conséquence; voir le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 27; M. Tabory, «Language Rights as Human Rights» (1980), 10 *Israel Y.B. on Human Rights* 167. À la page 578 de l'arrêt *Société des Acadiens*, précité, cette Cour à la majorité a clairement exprimé l'opinion que «les droits linguistiques relèvent de la catégorie des droits fondamentaux» (le juge Beetz), une opinion que la Cour avait déjà exprimée dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, dans le passage suivant à la p. 744:

The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

The Court in the latter case went on at pp. 744-45 to underline the judiciary's responsibility to protect the language rights given under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and to ensure that the government complies with the Constitution. I also note the Court's observation that, given the similarity of that provision to s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, the range of application of these provisions should be parallel (pp. 743-44). Whatever power the legislature may have to alter the provision, the similarity of language and history of s. 110 would seem to call for the same approach.

I realize, of course, that, as in the case of other human rights, governmental measures for the protection of language rights must be tailored to respond to practical exigencies as well as to the nature and history of the country. But when Parliament or the legislature has provided such measures, it behooves the courts to respect them. Any inroads on them should be left to the legislative branch. This is particularly so of rights regarding the English and French languages, which are basic to the continued viability of the nation. As Dickson C.J. put it in *Société des Acadiens, supra*, at p. 564:

Linguistic duality has been a longstanding concern in our nation. Canada is a country with both French and English solidly embedded in its history. The constitutional language protections reflect continued and renewed efforts in the direction of bilingualism. In my view, we must take special care to be faithful to the spirit and purpose of the guarantee of language rights enshrined in the *Charter*.

While the Chief Justice's remarks were specifically addressed to *Charter* protection, this comment is

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

^b La Cour dans ce dernier arrêt souligne ensuite, aux pp. 744 et 745, la responsabilité du pouvoir judiciaire de protéger les droits linguistiques conférés aux termes de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et d'assurer que le gouvernement observe la Constitution. Je souligne également l'observation de la Cour selon laquelle, compte tenu de la similarité de cette disposition avec l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la portée de ces dispositions devrait être équivalente (pp. 743 et 744). Quel que soit le pouvoir que peut avoir l'Assemblée législative pour modifier la disposition, la similarité du texte et de l'historique de l'art. 110 semble exiger la même solution.

^e Évidemment, je me rends compte du fait que, comme pour les autres droits de la personne, les mesures gouvernementales en matière de protection des droits linguistiques doivent répondre aux exigences pratiques et refléter la nature et l'histoire du pays. Mais lorsque le Parlement ou la législature ont prévu de telles mesures, il incombe aux tribunaux de les respecter. Tout empiètement sur ceux-ci doit être réservé au pouvoir législatif. ^g Cela est particulièrement vrai dans le cas des droits concernant les langues française et anglaise qui sont essentiels à la viabilité de la nation. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt ^h *Société des Acadiens*, précité, à la p. 564:

ⁱ La question de la dualité linguistique est une préoccupation de vieille date au Canada, un pays dans l'histoire duquel les langues française et anglaise sont solidement enracinées. Les garanties constitutionnelles en matière linguistique traduisent des efforts continus et renouvelés en vue de réaliser le bilinguisme. Selon moi, nous devons nous efforcer particulièrement de rester fidèles à l'esprit et à l'objet des droits linguistiques enchâssés dans la *Charte*.

^j Même si les observations du Juge en chef visaient précisément la protection accordée par la *Charte*,

clearly relevant here. So too are his remarks relating to s. 16 of the *Charter* which makes English and French the official languages of Canada. He stated, at p. 565:

Despite academic debate about the precise significance of s. 16, at the very least it provides a strong indicator of the purpose of the language guarantees in the *Charter*. By adopting the special constitutional language protections in the *Charter*, the federal government of Canada and New Brunswick have demonstrated their commitment to official bilingualism within their respective jurisdictions.

While Dickson C.J. was there speaking for himself, the majority judgment of Beetz J. also recognized that s. 16 contained "a principle of advancement or progress in the equality of status or use of the two official languages" (p. 579). Beetz J. differed with the Chief Justice in that for him it was the legislative, rather than the judicial process that was particularly suited to advance the principle. But section 110 is a legislative initiative consistent with that principle and, like other language guarantees, it must, as already mentioned, be respected by the courts.

In my view, therefore, s. 110 continued in effect in Saskatchewan after the establishment of that province either by virtue of s. 16(1) or of the combined effect of ss. 16(1) and 14. As noted earlier, this is entirely in accord with the legislative history of these provisions.

I shall now turn to the question whether s. 110 is entrenched in the sense that it cannot be unilaterally repealed by the province before entering into a discussion of what is comprised in the rights it guarantees.

Is Section 110 Entrenched?

The appellant took the position that s. 110 can only be repealed by virtue of an amendment to the Constitution of Canada made under s. 43 of the *Constitution Act, 1982*, i.e., by resolutions of the Parliament of Canada and of the legislature of the

elles sont clairement pertinentes en l'espèce. Il en va de même pour ses remarques relatives à l'art. 16 de la *Charte* qui font du français et de l'anglais les langues officielles du Canada. Il affirme, à la p. 565:

Bien que l'importance précise de l'art. 16 soit débattue dans la doctrine, il constitue à tout le moins un indice très révélateur de l'objet des garanties linguistiques de la *Charte*. En adoptant ces garanties constitutionnelles spéciales dans la *Charte*, le gouvernement fédéral et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ont démontré leur engagement à réaliser le bilinguisme officiel dans leurs ressorts respectifs.

Même si le juge en chef Dickson parlait pour lui-même dans cet arrêt, le jugement de la majorité rendu par le juge Beetz a également reconnu que l'art. 16 contenait «un principe d'avancement ou de progression vers l'égalité de statut ou d'usage des deux langues officielles» (p. 579). La divergence d'opinions entre le juge Beetz et le Juge en chef réside dans le fait que pour le juge Beetz c'était le processus législatif, plutôt que le processus judiciaire, qui était particulièrement apte à faire avancer le principe. Toutefois, l'art. 110 est une initiative législative conforme à ce principe et, comme toute autre garantie linguistique, elle doit, comme je l'ai déjà mentionné, être respectée par les tribunaux.

Par conséquent, je suis d'avis que l'art. 110 a continué d'être en vigueur en Saskatchewan après la création de cette province en vertu du par. 16(1) ou de l'effet conjugué du par. 16(1) et de l'art. 14. Comme je l'ai mentionné précédemment, cela est entièrement conforme à l'historique législatif de ces dispositions.

Passons maintenant à la question de savoir si l'art. 110 est enchâssé, en ce sens qu'il ne peut être abrogé unilatéralement par la province, avant de discuter de ce que comprennent les droits qu'il garantit.

L'article 110 est-il enchâssé?

L'appelant a adopté le point de vue selon lequel l'art. 110 ne peut être abrogé que par une modification de la Constitution du Canada apportée en vertu de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est-à-dire par voie de résolutions du Parle-

province to which the amendment applies. I do not think this proposition can stand in the face of the express words of ss. 14 and 16(1) of the *Saskatchewan Act*, which clearly provide that the laws continued under the Act are subject to being repealed by the appropriate legislature. Not only is the province empowered to legislate respecting procedure in the courts under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*; it is also given power under s. 45 of the *Constitution Act, 1982* to amend the constitution of the province. But that is not all. Parliament knew full well how to entrench a provision if it wished to do so, namely, by expressly providing for language rights in the *Saskatchewan Act* as it did in the case of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. Such provisions, in common with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, are constitutionally protected and do not fall within the province's legislative capacity to amend its constitution or otherwise; see *Attorney General of Quebec v. Blaikie, supra*, at pp. 1023-25.

The respondent also directed our attention to the fact that in dealing with separate schools, Parliament expressly provided, by s. 17 of the *Saskatchewan Act*, that s. 93 of the *Constitution Act, 1867* should apply to the province with the substitution of other provisions for para. (1) of that section. That, however, seems to me to misconstrue the applicable provisions. As Judge Deshaye observed at trial, s. 93, like other general provisions in the *Constitution Act, 1867*, was applied to Saskatchewan by virtue of s. 3 of the *Saskatchewan Act*; s. 17 of that Act was simply inserted to provide for the amendments there made. Section 110 of *The North-West Territories Act*, on the other hand, was continued by ss. 14 and 16 of the *Saskatchewan Act* and, therefore, subject to amendment or repeal pursuant to those provisions.

ment du Canada et de l'assemblée législative de la province concernée. Je ne crois pas que cet argument puisse tenir devant les termes exprès de l'art. 14 et du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* qui prévoit clairement que les lois dont l'existence est maintenue aux termes de la Loi peuvent être abrogées par le législateur compétent. Non seulement la législature provinciale est-elle habilitée à légiférer relativement à la procédure devant les tribunaux aux termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais encore elle a le pouvoir en vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de modifier la constitution de la province. Toutefois, ce n'est pas tout. Le Parlement savait très bien comment enchâsser une disposition s'il voulait le faire, c'est-à-dire en prescrivant expressément des droits linguistiques dans la *Loi sur la Saskatchewan* comme il l'a fait dans le cas de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. De telles dispositions, en accord avec l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sont protégées par la Constitution et ne relèvent pas du pouvoir législatif de la province de modifier notamment sa constitution; voir l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, précité, aux pp. 1023 et 1025.

L'intimé a également attiré notre attention sur le fait qu'en traitant des écoles séparées le Parlement a expressément prévu, à l'art. 17 de la *Loi sur la Saskatchewan*, que l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'appliquerait à la province sous réserve de substitution d'autres dispositions au premier alinéa de cet article. Toutefois cela me semble constituer une mauvaise interprétation des dispositions applicables. Comme le juge Deshaye l'a fait remarquer au procès, l'art. 93, à l'instar d'autres dispositions générales dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, s'appliquait à la Saskatchewan en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur la Saskatchewan*; l'art. 17 de cette Loi a simplement été inséré pour stipuler les modifications qui y sont apportées. Par ailleurs, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* a été maintenu en vigueur par les art. 14 et 16 de la *Loi sur la Saskatchewan* et, par conséquent, assujetti à la modification ou à l'abrogation conformément à ces dispositions.

For these reasons, I do not think s. 110 was entrenched after the *Saskatchewan Act* was passed. This, like my views regarding the continuation of s. 110, is entirely in accord with the legislative history of these provisions.

I turn now to the extent of the rights accorded under s. 110.

The Rights Under Section 110—The Courts

Many of the questions raised about the reach of the protections like those accorded under s. 110 have already been determined in recent cases before this Court either under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, or ss. 16-18 of the *Charter*. All of these provisions are differently drafted but they use similar expressions and there has been a marked tendency to give them a similar interpretation; see, for example, the judgment of Beetz J. speaking for the majority in *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; see also *Reference re Manitoba Language Rights, supra*.

The appellant argues, however, that this approach has no application to s. 110 so far as the languages of the courts are concerned. He notes, first of all, that while these other provisions provide that either the English or French language may be used by any person "in any Pleading or Process in or issuing from" any of the applicable courts, s. 110 provides that a person may use either of these languages "in the proceedings before the courts" (emphasis added). In his view, therefore, s. 110 is limited to procedures that take place before the courts. This, he continues, arose out of an historical context different from the political compromise that took place in 1867. He draws attention to the considerable bilingual capacity among the judges in the Territories when these Territories were transferred to Canada. The same system was maintained, the appellant argues, after such transfer.

Pour ces motifs, je ne crois pas que l'art. 110 ait été enchâssé après l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan*. Cette opinion, comme celle que j'ai exprimée concernant le maintien de l'art. 110, est entièrement conforme à l'historique législatif de ces dispositions pertinentes.

J'examine maintenant la portée des droits conférés en vertu de l'art. 110.

Les droits conférés en vertu de l'art. 110—les cours de justice

Un bon nombre des questions relatives à la portée des garanties comme celles accordées en vertu de l'art. 110 ont déjà été tranchées dans des arrêts récents de cette Cour fondés sur l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ou sur les art. 16 à 18 de la *Charte*. Toutes ces dispositions sont rédigées de manière différente, mais elles utilisent des expressions semblables et il y a une tendance marquée à les interpréter de la même manière; voir, par exemple, les motifs du juge Beetz qui s'est exprimé au nom de la majorité dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; voir également le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité.

Toutefois, l'appellant soutient que ce point de vue ne s'applique pas à l'art. 110 dans la mesure où la langue des tribunaux est visée. Il souligne d'abord que, alors que ces autres dispositions prévoient qu'il pourra être fait usage de la langue française ou de la langue anglaise "dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux [...] ou émanant" de ces tribunaux, l'art. 110 prévoit qu'une personne peut faire usage de l'une ou l'autre de ces langues "dans les procédures devant les cours de justice" (je souligne). Par conséquent, il estime que l'art. 110 est limité aux procédures qui se déroulent devant les tribunaux. Il ajoute que cela découle d'un contexte historique différent du compromis politique qui a eu lieu en 1867. Il attire l'attention sur le fait qu'un bon nombre de juges étaient bilingues dans les Territoires au moment de leur cession au Canada. L'appellant soutient que le même système a été maintenu en vigueur après cette cession.

I am unable to attach the same significance as the appellant to this difference in phraseology. Permitting the use of a language in proceedings before the courts is just as easily capable of meaning that it may be used in the course of those proceedings, whether in pleadings before the court, or in written pleadings, or in issuing process. The provision was obviously modelled on s. 133 and though, like other provisions similarly modelled, it differs in form, one would naturally assume it to be aimed at achieving the same purpose. One cannot expect specific forms or particular words to be followed religiously. This is particularly so of a provision like this one, which was not originally introduced as a government measure. It is interesting that the proposer of the Bill, who appears to have confined his remarks to the legislative aspects, observed that "the majority of the people of the territories were French, and they had as much right to have their language acknowledged there as they had in Quebec and Manitoba . . ." *Debates of the Senate*, 1877, at p. 319. I conclude, therefore, that the language rights accorded by s. 110 are substantially the same as those accorded under these other provisions. I turn then to examine what has been said about these provisions in the various cases before this Court.

Turning first to the languages of the courts, it is settled by *Société des Acadiens*, *supra*, that while a person is constitutionally entitled to speak French in court in New Brunswick under s. 19(2) of the *Charter*, he has no right to be understood in that language. The judge and all court officials may use English or French as they wish both in oral and in written communication; see also *MacDonald v. City of Montreal*, *supra*, at pp. 483 and 497. As I read Beetz J.'s judgment in *Société des Acadiens*, the appellant has no right to a translator, except as required for a fair trial either at common law or under ss. 7 and 14 of the *Charter* (p. 577). The right to be understood is not a language right but one arising out of the requirements of due process. Beetz J. in *Société des Acadiens* carefully employs the word "power" to

Je suis incapable d'attacher la même importance que l'appelant à cette différence dans la phraséologie. Le fait de permettre l'usage d'une langue dans les procédures devant les tribunaux peut tout aussi bien signifier qu'elle peut être utilisée dans le cadre de ces procédures, que se soit dans les plaidoiries devant la cour, dans les actes de procédure ou dans la délivrance des brefs. De toute évidence, la disposition s'inspire de l'art. 133 et, bien qu'à l'instar d'autres dispositions inspirées de la même manière elle diffère sur le plan de la forme, on pourrait naturellement présumer qu'elle vise le même but. On ne peut s'attendre à ce que des formules précises ou des termes particuliers soient reproduits religieusement. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une disposition comme celle-ci qui, au départ, n'a pas été présentée comme une mesure gouvernementale. Il est intéressant de noter que l'auteur du projet de loi, qui semble avoir limité ses observations aux aspects législatifs, a fait remarquer que [TRADUCTION] «la majorité des habitants des Territoires étaient d'origine française et ils avaient autant droit à la reconnaissance de leur langue que ceux du Québec et du Manitoba . . . » *Débats du Sénat*, 1877, à la p. 319. Je conclus donc que les droits linguistiques conférés par l'art. 110 sont essentiellement les mêmes que ceux accordés aux termes de ces autres dispositions. J'examine maintenant ce qui a été dit au sujet de ces dispositions dans les divers arrêts de cette Cour.

D'abord en ce qui a trait à la langue des tribunaux, il est établi dans l'arrêt *Société des Acadiens*, précité, que, bien qu'une personne ait constitutionnellement le droit de s'exprimer en français devant un tribunal au Nouveau-Brunswick aux termes du par. 19(2) de la *Charte*, elle n'a pas le droit d'être comprise dans cette langue. Le juge et tous les officiers de justice peuvent utiliser à leur gré le français ou l'anglais dans les communications verbales et écrites; voir également l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, précité, aux pp. 483 et 497. Selon mon interprétation des motifs du juge Beetz dans *Société des Acadiens*, l'appelant n'a pas le droit à un traducteur, à l'exception de ce qui est nécessaire pour avoir un procès équitable en *common law* ou en vertu des art. 7 et 14 de la *Charte* (p. 577). Le droit d'être compris n'est pas

describe the language rights accorded an individual. He says, at p. 574: "They vest in the speaker or in the writer or issuer of court processes and give the speaker or the writer the constitutionally protected power to speak or to write in the official language of his choice" (emphasis added). At page 575, he contrasts this power to language provisions that provide for the right to communicate (s. 20 of the *Charter*) or to be heard (s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act*, R.S.N.B. 1973, c. O-1).

Applying these principles to the present case, it seems to me that the trial judge could, subject to what I shall have to say later about records, proceed with the trial in English. There is no evidence to indicate that the appellant needed the services of a translator to understand the proceedings, so a fair trial could be conducted without making a translation available from English to French. At all events, what the appellant sought throughout these proceedings was to vindicate his language rights, not the right to a fair hearing.

Counsel for the Freedom of Choice Movement, however, argued that the principle of equality in the use of language is breached by employing a translator to make a person understood by the trial judge. Such translation, he stressed, puts a person whose words must be translated in a far less favourable position than one who can be understood directly. However, it seems to me that this argument, too, was rejected by the majority of this Court in *Société des Acadiens*. There Beetz J. had this to say on the point at p. 580:

I do not think the interpretation I adopt for s. 19(2) of the *Charter* offends the equality provision of s. 16. Either official language may be used by anyone in any court of New Brunswick or written by anyone in any pleading in or process issuing from any such court. The guarantee of language equality is not, however, a guar-

un droit linguistique, mais un droit qui découle des exigences de l'application régulière de la loi. Le juge Beetz, dans l'arrêt *Société des Acadiens*, prend soin d'employer le terme «pouvoir» pour décrire les droits linguistiques accordés à une personne. Il dit, à la p. 574: «Ils appartiennent à l'orateur, au rédacteur ou à l'auteur des actes de procédure d'un tribunal, et ils confèrent à l'orateur ou au rédacteur le pouvoir, consacré dans la Constitution, de parler ou d'écrire dans la langue officielle de leur choix» (je souligne). À la page 575, il compare ce pouvoir avec les dispositions linguistiques qui prescrivent le droit de communiquer (art. 20 de la *Charte*) ou d'être entendu (par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1).

Applicant ces principes à la présente affaire, il me semble que le juge du procès pourrait, sous réserve de ce que je vais dire plus loin au sujet des procès-verbaux, instruire l'instance en anglais. Il n'y a aucun élément de preuve qui indique que l'appelant avait besoin des services d'un traducteur pour comprendre les procédures, de sorte qu'il était possible de tenir un procès équitable sans offrir une traduction de l'anglais au français. Quoi qu'il en soit, ce que l'appelant a cherché à faire au cours de toutes ces procédures, c'est de faire valoir ses droits linguistiques et non le droit à un procès équitable.

Toutefois, l'avocat du Mouvement de la liberté de choix a soutenu qu'on porte atteinte au principe de l'égalité dans l'usage de la langue en ayant recours aux services d'un traducteur pour se faire comprendre par le juge du procès. Il a souligné qu'une telle traduction place la personne dont les paroles doivent être traduites dans une position beaucoup moins favorable que celle qui peut être comprise directement. Toutefois, il me semble que cet argument a également été rejeté par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Société des Acadiens*. Voici ce que le juge Beetz a affirmé sur ce point, à la p. 580:

Je ne crois pas que ma façon d'interpréter le par. 19(2) de la *Charte* enfreint la disposition de l'art. 16 en matière d'égalité. L'une ou l'autre langue officielle peut être employée par n'importe quelle personne devant tout tribunal du Nouveau-Brunswick ou dans toutes les affaires devant un tel tribunal et dans tous les actes de

antee that the official language used will be understood by the person to whom the pleading or process is addressed.

Before I leave this question of equality however, I wish to indicate that if one should hold that the right to be understood in the official language used in court is a language right governed by the equality provision of s. 16, one would have gone a considerable distance towards the adoption of a constitutional requirement which could not be met except by a bilingual judiciary. Such a requirement would have far reaching consequences and would constitute a surprisingly roundabout and implicit way of amending the judicature provisions of the Constitution of Canada.

Beetz J. in that case at p. 574 and in *MacDonald, supra*, at pp. 500-501, was at pains to indicate that the right to due process, which is substantially what concerns the intervener, should not be linked with language rights because they are conceptually different, and the effect of doing so would involve the risk of distorting both rather than reinforcing either.

There is a matter regarding translation, however, that was not raised in *Société des Acadiens* but that does arise in this case. In the *Société des Acadiens*, the issue was whether the judge understood the appellant (which it was held he did). Beetz J., however, left to another day the issues regarding the reasonable means necessary to ensure that the members of the courts understand the proceedings. He also did not deal with the issue, which has some relation to the matters just mentioned, whether when proceedings are required by law to be recorded, a person using one or the other official language has the right to have his remarks recorded in that language. Nor did that issue arise in *MacDonald, supra*, or *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1986] 1 S.C.R. 449. These cases were essentially addressed to whether processes validly made in one only of the official languages were required to be translated in the other. As already mentioned, however, it does arise in the present case, both as regards the

procédure qui en découlent. La garantie d'égalité des langues n'est toutefois pas une garantie que la langue officielle utilisée sera comprise par la personne à qui s'adresse la plaidoirie ou la pièce de procédure.

^a Cependant, avant d'en finir avec cette question d'égalité, je tiens à faire remarquer que si on devait conclure que le droit d'être compris dans la langue officielle employée devant un tribunal constitue un droit linguistique régi par la disposition en matière d'égalité de l'art. 16, on ferait un grand pas vers l'adoption d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être satisfait que par des tribunaux bilingues. Pareille exigence aurait des conséquences d'une portée incalculable et constituerait en outre un moyen étonnamment détourné et implicite de modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives à la magistrature.

Le juge Beetz, à la p. 574 de cet arrêt, et aussi aux pp. 500 et 501 de l'arrêt *MacDonald*, précité, a pris soin d'indiquer que le droit à l'application régulière de la loi, qui constitue la préoccupation essentielle de l'intervenant, ne devrait pas être lié aux droits linguistiques en raison de leur différence sur le plan des concepts; les lier comporterait le risque de les dénaturer tous les deux plutôt que de les renforcer l'un et l'autre.

Toutefois, il y a une question concernant la traduction qui n'a pas été soulevée dans l'arrêt *Société des Acadiens*, mais qui est soulevée en l'espèce. Dans l'arrêt *Société des Acadiens*, la question était de savoir si le juge avait compris l'appelant (on a conclu que c'était le cas). Toutefois, le juge Beetz a remis à une autre occasion les questions relatives aux moyens raisonnables nécessaires pour assurer que les membres des tribunaux comprennent les procédures. De plus, il n'a pas traité de la question, qui a un certain rapport avec les questions que je viens tout juste de mentionner, de savoir si, lorsque les procédures doivent en vertu de la loi être consignées, la personne qui utilise l'une ou l'autre langue officielle a droit à ce que ses observations soient consignées dans cette langue. Cette question n'a pas non plus été soulevée dans les arrêts *MacDonald*, précité, ou *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449. Ces arrêts portaient essentiellement sur la question de savoir si des actes de procédure validement rédigés dans une seule des langues officielles devaient être traduits dans l'autre

making of a plea and the giving of evidence by the appellant.

In my view, the appellant's right or power to use French would be seriously truncated if recorded in another language. For his use of the language goes beyond the immediate forum. The proceedings, for example, may continue in the Court of Appeal where the judges may quite properly wish to refer to the exact words used by a person at trial, words that person has a right to use. Absent valid legislation requiring the recording of the appellant's statements in one language only, and none was brought to our attention, the appellant would seem to me to have a right to have his statements recorded in the French language. His situation, of course, differs from that of a person who uses a language other than English or French whose rights to translation derive solely from the requirements of due process.

The Rights Under Section 110—The Legislature

I now turn to the appellant's request that the hearing be delayed until the Clerk of the Legislative Assembly produce before the court the relevant statutes printed in the French language. By the manner in which this request was made, it is obvious that he sought valid statutes, not mere unofficial translations. On the basis of *Attorney General of Quebec v. Blaikie, supra*, it is clear that for the statutes to be valid they must have been enacted, printed and published in English and French. Since the relevant statutes have not been enacted, printed and published in English and French, it follows that they are invalid, unless a distinction can be drawn between the present case and *Blaikie*.

There is, of course, the difference that in *Blaikie*, the Court was dealing with an entrenched constitutional provision. But, in my view, while this difference is critically important in relation to

langue. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, cette question est soulevée en l'espèce en ce qui a trait à la fois à l'inscription du plaidoyer et au témoignage de l'appellant.

^a À mon avis, le droit ou le pouvoir de l'appellant d'utiliser le français serait gravement diminué si ses propos étaient consignés dans une autre langue. En effet, l'utilisation qu'il fait de la langue s'appli-
^b que au-delà de la tribune devant laquelle il comparaît alors. Par exemple, les procédures peuvent être poursuivies en Cour d'appel où les juges peuvent, à bon droit, vouloir se référer aux termes exacts utilisés par une personne au procès, des termes que
^c cette personne a le droit d'utiliser. En l'absence de mesures législatives valides exigeant que les déclarations de l'appellant soient consignées dans une seule langue, et aucune n'a été portée à notre attention, il me semble que l'appellant a le droit de
^d faire consigner ces déclarations en français. Il va sans dire que sa situation est différente de celle d'une personne qui utilise une langue autre que le français ou l'anglais et dont le droit à la traduction
^e découle uniquement des exigences de l'application régulière de la loi.

Les droits conférés en vertu de l'art. 110—l'Assemblée législative

^f J'examine maintenant la demande de l'appellant que le procès soit retardé jusqu'à ce que le greffier de l'Assemblée législative produise devant la cour les lois pertinentes imprimées en français. À en
^g juger par la manière dont cette demande a été faite, il est évident qu'il cherchait à obtenir des lois valides et non simplement des traductions officieuses. Selon l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, précité, il est clair que pour que les lois
^h soient valides, elles doivent avoir été adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais. Étant donné que les lois pertinentes n'ont pas été adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais, il s'ensuit qu'elles sont invalides, à moins
ⁱ que l'on puisse établir une distinction entre l'espèce et l'affaire *Blaikie*.

Il y a, bien entendu, cette différence que dans l'affaire *Blaikie*, la Cour était saisie d'une disposition enchâssée dans la Constitution. Mais, à mon avis, si cette différence revêt une importance déci-

the manner in which the legislature can alter the law, until it is altered, the legal situation is the same as under *Blaikie*. It is inconceivable to me that when s. 110 was enacted by Parliament, the Territorial Assembly could validly have ignored a provision in its constituent statute regarding the manner and form in which its laws must be enacted. An Ordinance enacted in violation of its requirement would clearly be invalid. That provision as to the manner and form of enactments was, we saw, continued in respect of the provincial legislature by ss. 14 and 16 of the *Saskatchewan Act*, the constituent Act of the province. A basic provision regarding the manner in which a legislature must enact laws cannot be ignored. I cannot accept that such a provision can be impliedly repealed by statutes enacted in a manner contrary to its requirements, particularly one that is aimed at an accommodation of an historically sensitive matter like the use of the English and French languages in this country. Since the manner and form of enactment (in English and French) was not entrenched, however, the provision may be modified or repealed, but such repeal or modification must be made in the manner and form required by law at the time of the amendment.

The law on this point was clearly stated by the Privy Council in *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172, in the following terms, at pp. 197-98:

[A] legislature has no power to ignore the conditions of law-making that are imposed by the instrument which itself regulates its power to make law. This restriction exists independently of the question whether the legislature is sovereign, as is the legislature of Ceylon, or whether the Constitution is "uncontrolled," as the Board held the Constitution of Queensland to be. Such a Constitution can, indeed, be altered or amended by the legislature, if the regulating instrument so provides and if the terms of those provisions are complied with: and the alteration or amendment may include the change or abolition of those very provisions. But the proposition which is not acceptable is that a legislature, once established, has some inherent power derived from the mere fact of its establishment to make a valid law by the

sive quant à la manière dont l'Assemblée législative peut modifier la loi, aussi longtemps qu'elle n'est pas modifiée, la situation juridique est la même que dans l'affaire *Blaikie*. Il me paraît inconcevable que, lorsque le Parlement a adopté l'art. 110, l'Assemblée territoriale ait pu valablement passer outre à une disposition de sa loi constitutive concernant le mode et la forme d'adoption de ses lois. Une ordonnance adoptée contrairement à ses exigences serait manifestement invalide. Cette disposition, relative au mode et à la forme de l'adoption des textes législatifs, a été, nous l'avons vu, maintenue à l'égard de la législature provinciale par les art. 14 et 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*, la loi constitutive de cette province. Une disposition fondamentale portant sur la manière suivant laquelle une assemblée législative doit adopter ses lois ne saurait être passée sous silence. Je ne puis accepter qu'une disposition de ce genre puisse être abrogée implicitement par des lois adoptées d'une manière contraire à ce qu'elle exige, surtout une disposition qui vise à réaliser un compromis dans un domaine aussi historiquement délicat que l'usage des langues française et anglaise au pays. Toutefois, comme le mode et la forme d'adoption (en français et en anglais) n'ont pas été enchâssés, la disposition peut être changée ou abrogée, mais cette abrogation ou ce changement doit se faire suivant le mode et la forme requis par la loi au moment de la modification.

Le droit applicable sur ce point a clairement été exposé en ces termes par le Conseil privé dans l'arrêt *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172, aux pp. 197 et 198:

[TRANSDUCTION] . . . une législature n'a pas le pouvoir de laisser de côté les conditions d'exercice du pouvoir législatif qui lui sont imposées par l'instrument même qui règle son pouvoir de faire des lois. Cette restriction existe indépendamment de la question de savoir si la législature est souveraine, comme l'est celle de Ceylan, ou si la Constitution peut être modifiée sans formalités, comme la chambre l'a décidé pour la Constitution du Queensland. Une telle constitution peut, en effet, être modifiée ou amendée par la législature si l'instrument qui la régit comporte des dispositions à cet effet et si ces dispositions sont respectées; la modification ou l'amendement peut viser ces dispositions mêmes. Mais la proposition suivante est inacceptable: qu'une législature, une fois établie, ait quelque pouvoir inhérent provenant

resolution of a bare majority which its own constituent instrument has said shall not be a valid law unless made by a different type of majority or by a different legislative process. And this is the proposition which is in reality involved in the argument.

That case involved the obvious situation where the law provided for a two-thirds majority, but the Board chose to use general words because the principle goes well beyond the confines of that case. Sir Ivor Jennings, one of the great constitutional lawyers of this century, thought it applied even to the United Kingdom Parliament. For him, Parliament's power to enact any law it wishes is conditioned upon its doing so in the manner and form provided by law; see *The Law and the Constitution* (3rd ed. 1943), at pp. 138-45. It may alter that manner and form, as it did, for example, when it reduced the powers of the House of Lords to that of delay only, see the *Parliament Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 13, but it is not without interest that the House of Lords joined in enacting this statute. Jennings says, at pp. 144-45:

The powers of Parliament are not expressed in an Act of Parliament. Nevertheless it is admitted, as Dicey admits, that the powers do come from the law. The law is that Parliament may make any law in the manner and form provided by the law. That manner and form is provided, at present, either by the common law or by the Parliament Act of 1911. But Parliament may, if it pleases, provide another manner and form. Suppose, for instance, that the present Parliament enacted that the House of Lords should not be abolished except after a majority of electors had expressly agreed to it, and that no Act repealing that Act should be passed except after a similar referendum. There is no law to appeal to except that Act. The Act provides a new manner and form which must be followed unless it can be said that at the time of its passing that Act was void or of no effect.

In this country, a similar view has been espoused by Professor Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 262-64.

de sa simple institution de faire à la majorité simple une loi valide lorsque l'instrument qui la constitue prévoit qu'une telle loi ne peut être valide que si elle est adoptée par un type différent de majorité ou par un processus législatif différent. Et c'est cette proposition qui est au cœur de l'argument qu'on nous propose.

Cette affaire mettait en cause le cas évident où la loi prévoyait une majorité des deux tiers, mais le Conseil a choisi d'utiliser des termes généraux parce que le principe s'étend bien au-delà des limites de cette affaire. Sir Ivor Jennings, l'un des plus grands constitutionnalistes de ce siècle, estimait qu'il s'appliquait même au Parlement du Royaume-Uni. Pour lui, le pouvoir du Parlement d'adopter toutes les lois qu'il veut est assujéti à la condition qu'il le fasse suivant le mode et la forme prescrits par la loi: voir *The Law and the Constitution* (3rd ed. 1943), aux pp. 138 à 145. Il peut modifier cette manière et cette forme, comme il l'a fait par exemple, lorsqu'il a réduit le pouvoir de la Chambre des lords à un pouvoir de surseoir uniquement, voir *Parliament Act, 1911* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, chap. 13, mais il est intéressant de noter que la Chambre des lords a participé à l'adoption de cette loi. Jennings affirme, aux pp. 144 et 145:

[TRADUCTION] Les pouvoirs du Parlement ne sont exprimés dans aucune loi du Parlement. Néanmoins il est admis, comme le reconnaît Dicey, que ces pouvoirs découlent de la loi. La loi porte que le Parlement peut adopter toute loi suivant le mode et la forme prescrits par la loi. Le mode et la forme de l'adoption sont prescrits, actuellement, soit par la *common law* soit par la Loi de 1911 sur le Parlement. Mais le Parlement peut, si cela lui plaît, édicter un autre mode et une autre forme. Supposons, par exemple, que l'actuel Parlement ait édicté que la Chambre des lords ne saurait être abolie si ce n'est après qu'une majorité d'électeurs en auront expressément convenu, et qu'aucune loi abolissant cette loi ne peut être adoptée qu'après avoir tenu un référendum semblable. Il n'y a aucune loi à laquelle on puisse recourir si ce n'est cette loi. La loi prescrit un nouveau mode et une nouvelle forme qui doivent être respectés à moins que l'on puisse dire qu'au moment où elle a été adoptée elle était nulle et sans effet.

Dans notre pays, un point de vue semblable a été adopté par le professeur Peter W. Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), aux pp. 262 à 264.

For my part, I cannot accept that in a nation founded on the rule of law, a legislature is free to ignore the law in its constituent instrument prescribing the manner and form in which legislation must be enacted. That has always been the law in this country and in the Commonwealth generally. This was, it is true, usually justified under s. 5 of the *Colonial Laws Validity Act*, 1865 (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63; see, for example, *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526 (P.C.) That provision empowered colonial legislatures to make laws respecting the constitution, powers and procedure of such legislatures, but to this was added a proviso "that such Laws shall have been passed in such Manner and Form as may from Time to Time be required by any Act of Parliament, Letters Patent, Order in Council, or Colonial Law for the Time being in force in the said Colony". It should be observed, however, that that statute, as the name implies, was enabling; it was aimed at validating colonial laws, not invalidating them. Parliament had deemed it wise to enact the statute because of a restrictive judicial interpretation of colonial legislative power in Australia; for the history of the Act, see K. C. Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status* (5th ed. 1953), at pp. 74-79. Thus, the proviso was simply intended to ensure that power given by the operative part of s. 5 did not interfere with provisions regarding "manner and form" in the various legislative instruments governing colonial legislation; see, in this context, *Harris v. Minister of the Interior*, [1952] 2 S.A.L.R. (N.S.) 428 (Sth. Afr. App. Div.) where manner and form restrictions previously protected by the *Colonial Laws Validity Act*, were held to continue to apply to the Parliament of South Africa notwithstanding the attainment of that country to sovereignty and the consequent repeal of that Act in its application there.

As I see it, the statutes of Saskatchewan are invalid as not having been enacted in the manner and form required by its constituent statute. That being so, Saskatchewan finds itself in a position similar to that of Manitoba as declared in the

Pour ma part, je ne puis accepter que dans un État qui repose sur la primauté du droit, une législature soit libre de passer outre à la loi, exprimée dans l'instrument qui la constitue, qui prescrit le mode et la forme d'adoption des lois. Cela a toujours été la loi dans notre pays et dans le Commonwealth en général. Cela était, il est vrai, habituellement justifié par l'art. 5 de la *Colonial Laws Validity Act*, 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., chap. 63; voir, par exemple, *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526 (C.P.) Cette disposition habilitait les législatures coloniales à légiférer relativement à leur constitution, à leurs pouvoirs et à la procédure régissant leurs délibérations, mais à cela était ajouté la réserve suivante: [TRADUCTION] «pourvu que ces lois soient adoptées suivant le mode et la forme qui peuvent être exigés par quelque acte du Parlement, lettres patentes, arrêté en conseil ou loi coloniale alors en vigueur dans ladite colonie». Il faut faire observer, cependant, que cette loi, comme le sous-entend son nom, était habilitante; elle avait pour but de valider les lois coloniales et non de les invalider. Le Parlement avait jugé sage d'adopter la Loi en raison d'une interprétation judiciaire restrictive du pouvoir législatif colonial en Australie; pour un historique de la Loi, voir K. C. Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status* (5th ed. 1953), aux pp. 74 à 79. Ainsi la réserve visait simplement à assurer que le pouvoir conféré par le dispositif de l'art. 5 ne portait pas atteinte aux dispositions concernant "le mode et la forme", que l'on trouvait dans les divers textes législatifs régissant la législation coloniale; voir, dans ce contexte, l'arrêt *Harris v. Minister of the Interior*, [1952] 2 S.A.L.R. (N.S.) 428 (Sth. Afr. App. Div.), où on a jugé que le mode et la forme des restrictions antérieurement protégées par la *Colonial Laws Validity Act* continuaient de s'appliquer au Parlement de l'Afrique du Sud malgré l'accession de cet État à la souveraineté et l'abrogation consécutive de cette loi pour ce qui est de son application là-bas.

À mon avis, les lois de la Saskatchewan sont invalides pour le motif qu'elles n'ont pas été adoptées suivant le mode et la forme requis par sa loi constitutive. Cela étant, la Saskatchewan se trouve dans une situation semblable à celle que le *Renvoi*

Reference re Manitoba Language Rights case, *supra*. In that case, it was held that the unilingual Acts of the Legislature of Manitoba were invalid. The result of this, it was further held, is that, without more, there would be a legal vacuum with consequent legal chaos in the province (pp. 747-48). This would mean that in Saskatchewan the courts and all other institutions created by law under those statutes would be acting without legal authority in so far as they purport to exercise powers conferred by Saskatchewan statutes or Territorial Ordinances that, after 1877, were not enacted in English and French. Indeed as the Court in the *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, further observed, questions regarding the validity of the present composition of the legislature might also be raised (p. 748).

In the *Reference re Manitoba Language Rights*, the Court, by resort to the principle of the rule of law and the *de facto* doctrine, found means to keep the existing laws temporarily in effect for the minimum period of time necessary for the statutes to be translated, re-enacted, printed and published in French. These matters are fully explained in that case and it is unnecessary for me to go into them except to say that the law enunciated in that case would generally apply to the present situation. Conforming to the procedure required for Manitoba would, of course, remedy the situation in Saskatchewan. There is, however, the important difference that s. 110, unlike s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, is not constitutionally entrenched, so re-enacting, printing and publishing all the provincial statutes or resorting to s. 43 of the *Constitution Act, 1982* are not the only available solutions. The legislature has the power to amend its constitution by an ordinary statute, but in enacting such amending statute it must do so in the manner and form required by the law for the time being in force. This, we saw, requires that such statute be enacted, printed and published in the English and French languages. Accordingly, the legislature may resort to the obvious, if ironic, expedient of enacting a bilingual statute removing the restrictions imposed on it by s. 110 and then declaring all existing provincial statutes valid notwithstanding

relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, a déclaré être applicable au Manitoba. Dans ce renvoi, on a jugé que les lois unilingues de l'Assemblée législative du Manitoba étaient invalides. On a en outre conclu que cette situation engendrerait, sans plus, un vide juridique qui entraînerait le chaos en la matière dans la province (pp. 747 et 748). Cela signifierait qu'en Saskatchewan les tribunaux et toutes les autres institutions créés aux termes de ces lois agiraient illégalement dans la mesure où ils sont censés exercer des pouvoirs conférés par des lois de la Saskatchewan ou des ordonnances territoriales qui, après 1877, n'ont pas été adoptées en français et en anglais. En fait, comme la Cour l'a par ailleurs fait remarquer dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, on pourrait également mettre en doute la validité de la composition actuelle de l'Assemblée législative (p. 748).

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour, en recourant aux principes de la primauté du droit et de la validité *de facto*, a trouvé le moyen de maintenir les lois existantes temporairement en vigueur jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier en français. Ces questions sont expliquées en détail dans ce renvoi et il ne m'est pas nécessaire de les aborder si ce n'est pour dire que, d'une manière générale, la règle énoncée dans ce renvoi s'appliquerait à l'espèce. L'adoption de la procédure exigée dans le cas du Manitoba aurait, évidemment, pour effet de remédier à la situation en Saskatchewan. En l'espèce toutefois, il y a cette différence importante que l'art. 110, contrairement à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, n'est pas enchâssé dans la Constitution, de manière que la nouvelle adoption, l'impression et la publication de toutes les lois provinciales ou le recours à l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne constituent pas les seules solutions possibles. L'Assemblée législative a le pouvoir de modifier sa constitution par voie législative ordinaire, mais ce faisant elle doit respecter le mode et la forme requis par la loi qui est, pour le moment, en vigueur. Cela requiert, nous l'avons vu, que cette loi soit adoptée, imprimée et publiée en français et en anglais. Par conséquent, l'Assemblée législative peut avoir

that they were enacted, printed and published in English only. Whichever option the legislature adopts, it must, consistent with the *Reference re Manitoba Language Rights*, act within a reasonable time. If it opts for translation, it must do so within the minimum period required. If it adopts the route of statutory repeal or modification, it must, having regard to the rule of law, undertake that step as soon as possible. It follows that the decision regarding the option it will take must also be made expeditiously.

Disposition

As I noted earlier, the appellant's requests at trial were three in number: that he be allowed to enter a plea in the French language, to have the trial proceeded with in that language, and to have the hearing delayed until the relevant statutes were produced in the French language. Since the law regarding the second and third requests have already been dealt with by this Court, I shall deal with these first.

It seems to me that many of the issues surrounding the second issue have already been dealt with in the *Société des Acadiens* case. The appellant was entitled only to use French, not to require others to do so. As to the request that a French version of the statutes be produced, this appears to be covered by the similar case of *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba, supra*, in relation to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. The majority of the Court there held that the principle of the rule of law would preserve the enforceability of the conviction of the appellant there, and if that were all I would be prepared to follow a similar course here.

There is, however, the additional point in the present case that the appellant requested to have his plea entered in French. This, as I have explained, he had a right to demand and failure to

recours à l'expédient manifeste, voire même ironique, de l'adoption d'une loi bilingue abrogeant les restrictions que lui impose l'art. 110, puis déclarant valides toutes les lois provinciales nonobstant le fait qu'elles aient été adoptées, imprimées et publiées en anglais uniquement. Quelle que soit l'option retenue par l'Assemblée législative, elle doit, conformément au *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, agir dans un délai raisonnable. Si elle opte pour la traduction, elle devra veiller à ce que ce soit fait dans le délai minimum requis. Si elle emprunte la voie de l'abrogation ou de la modification législatives, elle doit, compte tenu du principe de la primauté du droit, agir aussitôt que possible. Il s'ensuit que ce choix de l'option à retenir doit aussi être fait rapidement.

Dispositif

Comme je l'ai mentionné précédemment, l'appellant a présenté trois demandes au procès: l'autorisation d'inscrire un plaidoyer en français, la tenue du procès dans cette langue et le report de l'audience jusqu'à ce que les lois pertinentes aient été produites en français. Puisque cette Cour a déjà traité du droit relatif aux deuxième et troisième demandes, j'aborderai celles-ci en premier.

Il me semble qu'un grand nombre des problèmes entourant le deuxième point ont déjà été traités dans l'arrêt *Société des Acadiens*. L'appellant n'avait que le droit d'utiliser le français et non celui d'exiger que d'autres personnes utilisent cette langue. La demande relative à la production d'une version française des lois paraît être réglée par l'arrêt semblable *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, précité, en ce qui a trait à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Dans cet arrêt, la Cour à la majorité a jugé que le principe de la primauté du droit avait pour effet de préserver le caractère exécutoire de la déclaration de culpabilité de l'appellant et, en l'absence d'autres considérations, je serais prêt à adopter une position semblable en l'espèce.

Toutefois, un autre point est soulevé en l'espèce, l'appellant a demandé que son plaidoyer soit inscrit en français. Comme je l'ai expliqué, il avait le droit de l'exiger et, à mon avis, le défaut d'accéder

comply with his request in my view vitiates the trial. He sought to use French, and thus had a right to have his plea entered in French. His subsequent refusal to enter a plea later was consequential on this.

I would, therefore, allow the appeal with costs in this Court and in the Court of Appeal, and quash the conviction. I would reply to the constitutional questions as follows:

1. Does s. 110 of *The North-West Territories Act* (54 & 55 Vict., c. 22, s. 18) continue to apply, in whole or in part, to the province of Saskatchewan by virtue of s. 16 of the *Saskatchewan Act*?

A. Yes, in whole by virtue of ss. 14 and 16 of the *Saskatchewan Act*.

2. If the answer to Question 1 is affirmative, do the rights which are derived from s. 110 of *The North-West Territories Act* form part of the Constitution of Canada or can they be modified unilaterally by Saskatchewan and if so to what extent?

A. Saskatchewan may unilaterally modify s. 110 of *The North-West Territories Act* but such modification must be in the manner and form required by law at the time of such modification, currently by legislation in English and French.

3. If the answer to Question 1 is affirmative, does s. 110 of *The North-West Territories Act* require Saskatchewan to print its laws in English and in French?

A. Yes.

4. If the answer to Question 1 is affirmative, does s. 110 of *The North-West Territories Act* afford a party pleading in a court of Saskatchewan the right to use either English or French?

A. Yes.

5. If the answer to Question 1 is affirmative, does s. 110 of *The North-West Territories Act* require that the proceedings be conducted in English or French at the option of the accused or defendant?

à sa demande entache de nullité le procès. Il a cherché à utiliser le français et avait donc droit à ce que son plaidoyer soit inscrit dans cette langue. Son refus d'inscrire un plaidoyer en découle.

a

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel, et d'annuler la déclaration de culpabilité.

b Voici mes réponses aux questions constitutionnelles:

1. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* (54 & 55 Vict., chap. 22, art. 18) est-il toujours applicable, en totalité ou en partie, à la province de la Saskatchewan, en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*?

c

R. Oui, en totalité en vertu des art. 14 et 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*.

d

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les droits qui découlent de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* font-ils partie intégrante de la Constitution du Canada ou peuvent-ils être modifiés unilatéralement par la Saskatchewan, et, si oui, dans quelle mesure?

e

R. La Saskatchewan peut unilatéralement modifier l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, mais cette modification doit se faire suivant le mode et la forme requis par la loi au moment de cette modification, savoir, actuellement, au moyen d'une loi en français et en anglais.

f

3. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* oblige-t-il la Saskatchewan à imprimer ses lois en français et en anglais?

g

h R. Oui.

4. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal de la Saskatchewan le droit d'employer le français ou l'anglais?

i

R. Oui.

5. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* exige-t-il que les procédures se déroulent en français ou en anglais au choix de l'accusé ou défendeur?

j

A. No, but statements in proceedings made in English or French must, when recorded, be in the language used in making the statement.

6. If the answer to Question 4 is affirmative, does the right to use either English or French before the courts of Saskatchewan include, by virtue of s. 110 of *The North-West Territories Act*, the right to be understood by the judge or judge and jury without the assistance of an interpreter or simultaneous translation?

A. No.

The reasons of Estey and McIntyre JJ. were delivered by

ESTEY J. (dissenting)—This appeal raises the question whether the province of Saskatchewan is required to provide for the use of the French language in proceedings before the Saskatchewan courts and to provide for provincial statutes printed in French, for the purpose of such proceedings. Because there are no language rights expressly prescribed for Saskatchewan in the *Constitution Act, 1867*, as amended, the question before the Court in this appeal resolves itself to this: Does any right to a trial in the French language arise under the laws of the province of Saskatchewan by reason of the possible incorporation of s. 110 of *The North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50 as amended by S.C. 1891, c. 22, s. 18, into the laws of Saskatchewan by s. 16(1) of the *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, or otherwise, and if there be such a right is there also a right, to receive in that connection applicable Saskatchewan statutes in the French language?

It may facilitate the examination of what follows in these reasons to outline the essential elements.

1. The action taken by the Parliament of Canada in the establishment of the province of Saskatchewan stands in sharp contrast to that taken at the time of the establishment of the province of Manitoba.

(a) Parliament, in the *Saskatchewan Act*, made provision for a new legislature, courts, and an educational system for the

R. Non, mais les déclarations faites en français ou en anglais au cours de procédures doivent être consignées dans la langue utilisée pour les faire.

6. Si la réponse à la quatrième question est affirmative, le droit d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux de la Saskatchewan comprend-il, en vertu de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, le droit d'être compris par le juge, ou le juge et le jury, sans l'aide d'un interprète ou de la traduction simultanée?

R. Non.

Version française des motifs des juges Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE ESTEY (dissident)—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la province de la Saskatchewan est tenue de prévoir l'utilisation de la langue française dans les procédures devant les tribunaux de la Saskatchewan et de publier ses lois en français, aux fins de ces procédures. Étant donné que la *Loi constitutionnelle de 1867*, telle que modifiée, ne prévoit expressément aucun droit linguistique à l'égard de la Saskatchewan, la question dont est saisie la Cour dans le présent pourvoi se résume à ceci: Les lois de la province de la Saskatchewan confèrent-elles le droit à un procès en français en raison de l'incorporation possible de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, chap. 50 modifié par S.C. 1891, chap. 22, art. 18, dans le droit de la Saskatchewan aux termes notamment du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, chap. 42, et dans l'affirmative, y a-t-il également un droit d'obtenir la version française des lois de la Saskatchewan applicables à cet égard?

Pour faciliter l'examen de ce qui suit dans ces motifs, il peut être utile d'en exposer les éléments essentiels.

1. Les mesures prises par le Parlement du Canada au moment de la création de la province de la Saskatchewan sont en contraste frappant avec celles qu'il avait prises au moment de la création de la province du Manitoba.

a) Dans la *Loi sur la Saskatchewan*, le Parlement a prévu une nouvelle législature, des tribunaux et un système scolaire pour la

new province, and in so doing incorporated the laws of the North-West Territories into Saskatchewan where those laws were not inconsistent with or for which there was no substitute in the *Saskatchewan Act*. ^a

(b) In so exercising its authority under the *Constitution Act, 1871* (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28 (originally the *British North America Act, 1871*), Parliament refrained from establishing any language rights in the new province and indeed defeated a motion so to do. ^b

(c) This is very different from the action taken by Parliament in 1870 when establishing the province of Manitoba under the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3. Parliament there expressly prescribed in s. 23 the language to be used in the legislature and in the courts of the province. ^c

2. Language rights can only be found in the laws of Saskatchewan if s. 110 of *The North-West Territories Act* is brought into Saskatchewan by s. 16(1) or s. 14 of the *Saskatchewan Act*. This did not occur because: ^e

(a) Section 3 of the *Saskatchewan Act* frees the province from s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, and empowers the new legislature there established in ss. 12 to 15 to adopt its own rules of language and to establish courts without reference to any language rights. The essence of the appellant's submission is that s. 16(1) of the *Saskatchewan Act* indirectly repealed s. 3 of the same Act by requiring the new legislature established by ss. 12 to 15 to operate under the regime of s. 133. ^f

(b) The legislature established by ss. 12 to 15 inclusive of the *Saskatchewan Act* is a completely new institution and the laws relating thereto are in substitution for the laws relating to the legislature in the North-West Territories prior to 1905. To interpret either s. 14 or s. 16(1) as incorporating ^g

nouvelle province et, ce faisant, il maintient les lois des territoires du Nord-Ouest en Saskatchewan lorsque celles-ci ne dérogent pas à la *Loi sur la Saskatchewan* ou qu'aucune disposition ne les y remplace. ^a

b) En exerçant son pouvoir en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., chap. 28 (à l'origine l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871*) le Parlement s'est abstenu d'établir des droits linguistiques dans la nouvelle province et d'ailleurs une motion pour le faire a été défaite. ^b

c) Ce processus est très différent des mesures prises par le Parlement en 1870 quand il a créé la province du Manitoba en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, chap. 3. Le Parlement avait expressément prescrit à l'art. 23 la langue à utiliser à la législature et devant les cours de la province. ^c

2. Les droits linguistiques ne peuvent se trouver dans les lois de la Saskatchewan que si l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* a été introduit en Saskatchewan par le par. 16(1) ou l'art. 14 de la *Loi sur la Saskatchewan*. Tel n'est pas le cas parce que: ^e

a) L'article 3 de la *Loi sur la Saskatchewan* dégage la province de l'application de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et donne à la nouvelle législature créée par les art. 12 à 15 le pouvoir d'adopter ses propres règles en matière de langue et de créer des tribunaux sans mention de droits linguistiques. L'essence de l'argument de l'appelant porte que le par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* abroge indirectement l'art. 3 de cette loi en imposant à la nouvelle législature créée par les art. 12 à 15 le régime prévu à l'art. 133. ^f

b) La législature créée par les art. 12 à 15 de la *Loi sur la Saskatchewan* est une institution totalement nouvelle et les lois qui s'y rapportent sont substituées aux lois relatives à la législature des territoires du Nord-Ouest antérieures à 1905. Interpréter l'art. 14 ou le par. 16(1) comme introduisant ^g

- s. 110 into the laws of Saskatchewan would be to override s. 3 of the *Saskatchewan Act* and the constitutional powers thereby accorded to the new province and its legislature, including its freedom from s. 133. In any case, s. 14 could only act as a conduit for s. 110 if it is a law with regard to the "constitution of the Legislative Assembly of the North-West Territories". The language of use in the legislature is, at the most, a procedural element and not a constitutive element.
- (c) The courts established in s. 16 by Parliament acting under s. 2 of the *Constitution Act, 1871* are substitutes for the courts described in the laws of the North-West Territories and accordingly those laws relating to courts of the Territories are not, by the terms of s. 16(1), brought into the new province. These 'courts of Saskatchewan' were put in place to carry on a function under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*.
- (d) Section 110 by its terms relates to specific institutions, none of which have legally survived the transition to the province of Saskatchewan and so the section is spent. The Legislature of the North-West Territories was replaced under s. 12, the courts were replaced under s. 16, and the Supreme Court of the North-West Territories was disestablished by Parliament on the same day the *Saskatchewan Act* was enacted.
- (e) Section 110 is inconsistent with the unfettered Constitution established for the new province under the *Saskatchewan Act*.
3. It is unnecessary to decide, for the purposes of this appeal, whether the courts of the North-West Territories, as they existed prior to the creation of the new provinces in 1905, were 'courts of Canada' to which s. 133 of the *Constitution Act, 1867* would apply, whether those courts were established under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, s. 4 of the *Constitution Act, 1871*, or otherwise.
- l'art. 110 dans le droit de la Saskatchewan supplanterait l'art. 3 de la *Loi sur la Saskatchewan* et les pouvoirs constitutionnels ainsi accordés à la nouvelle province et à sa législature, y compris son autonomie par rapport à l'art. 133. De toute façon, l'art. 14 ne pourrait servir que de conduit pour l'art. 110 si c'est une disposition qui se rapporte à la «constitution de l'assemblée législative des territoires du Nord-Ouest». La langue utilisée à l'Assemblée législative est au plus un élément procédural et non un élément organique.
- c) Les tribunaux créés à l'art. 16 par le Parlement en vertu de l'art. 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871* remplacent les tribunaux décrits dans les lois des territoires du Nord-Ouest et, par conséquent, les lois qui se rapportent aux tribunaux des territoires ne sont pas, en vertu du par. 16(1), introduites dans la nouvelle province. Ces «tribunaux de la Saskatchewan» ont été instaurés pour exercer une fonction aux termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
- d) L'article 110, de par son texte, se rapporte à des institutions précises dont aucune n'a survécu légalement à la transition de la province de la Saskatchewan et l'article a donc perdu tout effet. La législature des territoires du Nord-Ouest a été remplacée aux termes de l'art. 12, les tribunaux aux termes de l'art. 16 et la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest a été abolie par le Parlement le jour même de l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan*.
- e) L'article 110 déroge à la Constitution souveraine dont la nouvelle province était dotée aux termes de la *Loi sur la Saskatchewan*.
3. Pour trancher ce pourvoi, il n'est pas nécessaire de décider si les tribunaux des territoires du Nord-Ouest, tels qu'ils existaient avant la création de la nouvelle province en 1905, étaient des «tribunaux du Canada» auxquels l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'appliquerait, que ces tribunaux aient été établis en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871* ou par un autre texte.

I. The Facts

The appellant, Father André Mercure, by information sworn on December 12, 1980, was charged with speeding on November 6, 1980, contrary to s. 139(4) of *The Vehicles Act*, R.S.S. 1978, c. V-3. On January 12, 1981, Father Mercure appeared in a proceeding before the Provincial Court for Saskatchewan presided over by His Honour Judge L. P. Deshaye. Before entering a plea, the appellant, whose native tongue was French, requested the trial judge to conduct the entire proceedings in French. He also requested to have the hearing delayed until the Clerk of the Legislative Assembly of Saskatchewan could provide him with five pertinent provincial statutes printed in French. On April 15, 1981, Judge Deshaye rendered a decision denying the application: (1981), 44 Sask. R. 43, [1981] 4 W.W.R. 435. Judge Deshaye held that the appellant did have the right to use the French language before the Provincial Court, but was not entitled to be provided with the relevant statutes printed in French. The right to the use of the French language before the court was restricted to the provision of an interpreter. The matter was then adjourned to April 24, 1981, at which time Father Mercure, when asked to enter a plea, indicated that he wished to stand mute. The judge entered a plea of not guilty. The trial was conducted entirely in English. The appellant did not testify at trial. The appellant was found guilty of the charge. No interpreter was present at the trial as the appellant took the position that having an interpreter translate the proceedings was not sufficient recognition of his right to use the French language before the court, and, in any event, he argued that he could not defend himself without access to the statutes printed in French.

Father Mercure appealed by way of stated case to the Court of Appeal for Saskatchewan. On October 28, 1985, the Court of Appeal dismissed the appeal: (1985), 44 Sask. R. 22, 24 D.L.R. (4th) 193, 23 C.C.C. (3d) 140, [1986] 2 W.W.R. 1. Father Mercure then sought and obtained leave to appeal to this Court. On April 29, 1986, Father

I. Les faits

En vertu d'une dénonciation faite sous serment le 12 décembre 1980, l'appelant, le père André Mercure, a été accusé d'avoir commis un excès de vitesse le 6 novembre 1980, contrairement au par. 139(4) de *The Vehicles Act*, R.S.S. 1978, chap. V-3. Le 12 janvier 1981, le père Mercure a comparu devant la Cour provinciale de la Saskatchewan présidée par le juge L. P. Deshaye. Avant d'inscrire un plaidoyer, l'appelant, dont la langue maternelle était le français, a demandé au juge du procès que toutes les procédures se déroulent en français. Il a également demandé que le procès soit retardé jusqu'à ce que le greffier de l'Assemblée législative de la Saskatchewan puisse lui fournir cinq lois provinciales pertinentes imprimées en français. Le 15 avril 1981, le juge Deshaye a rendu une décision rejetant la demande: (1981), 44 Sask. R. 43, [1981] 4 W.W.R. 435. Le juge Deshaye a conclu que l'appelant avait le droit d'utiliser le français devant la Cour provinciale, mais qu'il n'avait pas le droit d'obtenir les lois pertinentes imprimées en français. Le droit d'utiliser la langue française devant le tribunal a été limité à la prestation des services d'un interprète. L'affaire a alors été ajournée au 24 avril 1981, date à laquelle le père Mercure a indiqué qu'il voulait garder le silence lorsqu'on lui a demandé d'inscrire un plaidoyer. Le juge a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité. Le procès s'est déroulé entièrement en anglais. L'appelant n'a pas témoigné au procès et a été déclaré coupable relativement à l'accusation. Aucun interprète n'était présent au procès car l'appelant a adopté le point de vue selon lequel faire traduire les procédures par un interprète ne constituait pas une reconnaissance suffisante de son droit d'utiliser la langue française devant le tribunal et, de toute façon, il a soutenu qu'il ne pouvait se défendre sans pouvoir consulter les lois imprimées en français.

Le père Mercure a interjeté appel par voie d'exposé de cause à la Cour d'appel de la Saskatchewan. Le 28 octobre 1985, la Cour d'appel a rejeté son appel: (1985), 44 Sask. R. 22, 24 D.L.R. (4th) 193, 23 C.C.C. (3d) 140, [1986] 2 W.W.R. 1. Le père Mercure a alors demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. Le père Mercure est décédé le 29 avril 1986. Cette

Mercure died. This Court then authorized the intervenor associations to continue this appeal as principal parties.

II. The Legislative History

The central issue of this appeal focusses upon the construction of s. 110 of *The North-West Territories Act* and s. 16(1) of the *Saskatchewan Act*. However, to provide an appropriate background for the interpretation of these statutes the legislative history of these two Acts must be considered. It should be understood at once that the courts are here largely engaged in statutory interpretation. There is no constitutional element in this process except in the indirect sense that the Constitution hovers over all discussion of the plenary powers of the two levels of government. It may be helpful for example to consider s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, and ss. 2, 4 and 6 of the *Constitution Act, 1871*. The task in construing the *Saskatchewan Act*, being an Act of Parliament, and certain related Saskatchewan statutes herein below identified, is not akin to the task which was before the courts when determining the use of language in the courts of the province of Manitoba. See *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. There the instruments before the courts were constitutional in nature. The issue had been made the specific subject of constitutional provisions, namely s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, and the *Constitution Act, 1871*. Nothing of that nature is here in issue.

In May 1670, King Charles II granted a charter to The Governor and Company of Adventurers of England trading into Hudson's Bay. Under the terms of this charter, the Hudson's Bay Company was granted "the sole trade and commerce" of all those territories watered by rivers flowing into Hudson's Bay. The charter also provided that the said land "be from thenceforth reckoned and reputed as one of His Majesty's Plantations or Colonies in America, called Rupert's Land". Prince Rupert was the first governor of the Company.

Cour a alors autorisé les associations intervenantes à continuer ce pourvoi à titre de parties principales.

II. Historique législatif

La question qui est au cœur du présent pourvoi porte sur l'interprétation de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* et du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*. Toutefois, pour permettre une juste interprétation de ces deux lois, il faut en examiner l'historique législatif. Il faut tout d'abord bien comprendre que les tribunaux dans cette affaire sont surtout engagés dans une interprétation législative. L'espèce ne comporte aucun élément constitutionnel sauf en ce sens indirect que la Constitution plane au-dessus de toute analyse des pouvoirs absolus des deux paliers de gouvernement. Il peut être utile par exemple d'examiner l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les art. 2, 4 et 6 de la *Loi constitutionnelle de 1871*. La tâche consistant à interpréter la *Loi sur la Saskatchewan*, qui est une loi du Parlement, et certaines lois connexes de la Saskatchewan identifiées plus loin, ne ressemble pas à celle que les tribunaux étaient appelés à remplir au moment de se prononcer sur la langue à utiliser devant les tribunaux de la province du Manitoba. Voir le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Dans cet arrêt, les instruments dont étaient saisis les tribunaux étaient de nature constitutionnelle. La question était expressément visée par des dispositions constitutionnelles, savoir l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et la *Loi constitutionnelle de 1871*. Aucune disposition de cette nature n'est en cause en l'espèce.

En mai 1670, le roi Charles II a accordé une charte au Gouverneur et à la Compagnie d'aventuriers d'Angleterre faisant la traite à la baie d'Hudson. Aux termes de cette charte, la Compagnie de la Baie d'Hudson obtenait «le trafic et commerce exclusifs» dans tous ces territoires arrosés par les rivières qui se jettent dans la baie d'Hudson. La charte prévoyait également que ladite région «devait être de ce moment comptée et reconnue au nombre des plantations ou colonies de Sa Majesté en Amérique, sous le nom de Terre de Rupert». Le prince Rupert fut le premier gouverneur de la compagnie.

The territory that is now comprised in the province of Saskatchewan was formerly a part of the lands known as Rupert's Land and the North-Western Territory, the latter being those British possessions lying north and west of Rupert's Land. The *British North America Act, 1867* (now entitled the *Constitution Act, 1867*) by s. 146 authorized the Queen upon the advice of the Privy Council of the United Kingdom and on addresses from the Houses of Parliament of Canada to transfer to Canada both Rupert's Land and the North-Western Territory. The Order in Council was issued on June 23, 1870 (reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 9). These lands were then administered under the *Temporary Government of Rupert's Land Act, 1869*, S.C. 1869, c. 3. Under the *Manitoba Act, 1870*, Manitoba became the first province to be carved out of this territory and given the status of a province under the *Constitution Act, 1867*. This Canadian statute was confirmed and incorporated in the Constitution by the Parliament of the United Kingdom in the *Constitution Act, 1871*.

The power of the federal government to create provinces out of federal territories was not expressly conferred by the *Constitution Act, 1867*. However, this power was granted retroactively (and the *Manitoba Act, 1870*, confirmed) by ss. 2 and 5 of the *Constitution Act, 1871*. The same Act, by s. 4, conferred upon the Parliament of Canada full legislative authority over those territories comprised in the Dominion of Canada but lying outside any province. In 1875, Parliament enacted *The North-West Territories Act, 1875*, S.C. 1875, c. 49, which provided that the lands known as Rupert's Land and the North-Western Territory (that is all the lands remaining after the creation of the province of Manitoba) would henceforth be known as the North-West Territories. This Act established a "Court of Civil and Criminal Jurisdiction" in the North-West Territories (s. 59) and established a Legislative Assembly of the North-West Territories (s. 13). The Act was silent as to the language or languages of the legislature and the courts.

Le territoire qui est maintenant compris dans la province de la Saskatchewan faisait auparavant partie des terres connues sous le nom de terre de Rupert et territoire du Nord-Ouest, ce dernier était constitué des possessions britanniques situées au nord et à l'ouest de la terre de Rupert. L'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (maintenant intitulé *Loi constitutionnelle de 1867*) autorisait la Reine, de l'avis du Conseil privé du Royaume-Uni et sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, à céder au Canada la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest. L'arrêté en conseil a été pris le 23 juin 1870 (reproduit dans S.R.C. 1970, app. II, n° 9). Ces terres étaient alors administrées en vertu de l'*Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert, 1869*, S.C. 1869, chap. 3. En vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, le Manitoba est devenu la première province à être constituée à partir de ce territoire et à obtenir le statut de province aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette loi canadienne a été confirmée et incorporée dans la Constitution par le Parlement du Royaume-Uni dans la *Loi constitutionnelle de 1871*.

Le pouvoir du gouvernement fédéral de créer des provinces à partir des territoires fédéraux n'a pas été conféré expressément par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ce pouvoir a été accordé rétroactivement (et la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, confirmée) par les art. 2 et 5 de la *Loi constitutionnelle de 1871*. La même loi, à l'art. 4, conférait au Parlement du Canada les pleins pouvoirs législatifs à l'égard des territoires compris dans le Dominion du Canada, mais situés à l'extérieur des provinces. En 1875, le Parlement a adopté l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*, S.C. 1875, chap. 49, qui prévoyait que les terres désignées sous le nom de terre de Rupert et territoire du Nord-Ouest (savoir toutes les terres qui restaient après la création de la province du Manitoba) seraient dorénavant connues sous le nom de territoires du Nord-Ouest. Cette loi créait une «cour de juridiction civile et criminelle» dans les territoires du Nord-Ouest (art. 59) et une assemblée législative des territoires du Nord-Ouest (art. 13). La Loi ne mentionnait rien quant à la langue à utiliser à l'Assemblée législative et devant les tribunaux.

In 1877 an amendment to *The North-West Territories Act*, 1875 was adopted by Parliament (S.C. 1877, c. 7, s. 11) which provided for certain linguistic rights in the North-West Territories. At that time the size of the francophone population in the Territories, according to the undisputed submissions of the Attorney General for Saskatchewan, was almost as large as the anglophone population, numbering about 2900 and 3100, respectively. This amendment read as follows:

11. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the said Council, and in the proceedings before the Courts, and both those languages shall be used in the records and journals of the said Council, and the ordinances of the said Council shall be printed in both those languages.

In 1891 this section was amended (S.C. 1891, c. 22, s. 18) to provide the Legislative Assembly of the North-West Territories with the authority to "regulate its proceedings, and the manner of recording and publishing the same". This amendment enabled the Legislative Assembly to abrogate the use of French in the Legislative Assembly or in the publication of the proceedings of the Assembly, if it so desired. The right to use either French or English "in the proceedings before the courts" was not altered by this amendment.

110. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Legislative Assembly of the Territories and in the proceedings before the courts; and both those languages shall be used in the records and journals of such Assembly; and all ordinances made under this Act shall be printed in both those languages: Provided, however, that after the next general election of the Legislative Assembly, such Assembly may, by ordinance or otherwise, regulate its proceedings, and the manner of recording and publishing the same; and the regulations so made shall be embodied in a proclamation which shall be forthwith made and published by the Lieutenant Governor in conformity with the law, and thereafter shall have full force and effect.

This section was in force in this form at the time of the passage of the *Saskatchewan Act* in 1905.

En 1877, le Parlement a adopté une modification de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, 1875 (S.C. 1877, chap. 7, art. 11), qui prescrivait certains droits linguistiques dans les territoires du Nord-Ouest. À l'époque, la population francophone de ces territoires, d'après les dires non contestés du procureur général de la Saskatchewan, était presque aussi nombreuse que la population anglophone, les deux comptant environ 2 900 et 3 100 âmes respectivement. Cette modification était la suivante:

11. Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats du dit conseil et dans les procédures devant les cours, et ces deux langues seront usitées pour la rédaction des pièces d'archives et des journaux du dit conseil; et les ordonnances du dit conseil seront imprimées dans ces deux langues.

En 1891, cet article a été modifié (S.C. 1891, chap. 22, art. 18) de manière à accorder à l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest le pouvoir de «réglementer ses délibérations et la manière d'en tenir procès-verbal et de les publier». Cette modification permettait à l'Assemblée législative d'abroger, si elle le voulait, l'usage du français dans ses débats ou dans la publication de ses délibérations. Le droit d'utiliser le français ou l'anglais «dans les procédures devant les cours de justice» n'était pas touché par cette modification.

110. Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice; et ces deux langues seront employées pour la rédaction des procès-verbaux et journaux de l'Assemblée; et toutes les ordonnances rendues sous l'empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues; néanmoins, après la prochaine élection générale de l'Assemblée législative, cette Assemblée pourra, par ordonnance ou autrement, réglementer ses délibérations et la manière d'en tenir procès-verbal et de les publier; et les règlements ainsi faits seront incorporés dans une proclamation qui sera immédiatement promulguée et publiée par le lieutenant-gouverneur en conformité de la loi, et ils auront ensuite plein effet et vigueur.

Cet article était en vigueur sous cette forme au moment de l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan* en 1905.

The addition of the local authority proviso regarding language use in the Legislative Assembly coincided with the influx of settlers into the western plains. The demographics of the region changed dramatically commencing late in the century and took on the language characteristics which have continued to this day as shall be seen later in these reasons. To complete the story it should be noted that in January, 1892 the Legislative Assembly of the North-West Territories passed a resolution providing that its proceedings should be in the English language only. This resolution was not proclaimed in the manner prescribed in s. 110 and never became law.

In 1905 the provinces of Alberta and Saskatchewan were created by federal statutes. The sections of the *Saskatchewan Act*, mainly of concern here are:

3. The provisions of The British North America Acts, 1867 to 1886 [now the *Constitution Acts, 1867 to 1886*], shall apply to the province of Saskatchewan in the same way and to the like extent as they apply to the provinces heretofore comprised in the Dominion, as if the said province of Saskatchewan had been one of the provinces originally united, except in so far as varied by this Act and except such provisions as are in terms made, or by reasonable intendment may be held to be, specially applicable to or only to affect one or more and not the whole of the said provinces.

16. (1) All laws and all orders and regulations made thereunder, so far as they are not inconsistent with anything contained in this Act, or as to which this Act contains no provision intended as a substitute therefor, and all courts of civil and criminal jurisdiction, and all commissions, powers, authorities and functions, and all officers and functionaries, judicial, administrative and ministerial, existing immediately before the coming into force of this Act in the territory hereby established as the province of Saskatchewan, shall continue in the said province as if this Act and *The Alberta Act* had not been passed; subject, nevertheless, except with respect to such as are enacted by or existing under Acts of the Parliament of Great Britain, or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the said province, according to the authority of the Parliament or of the

L'ajout de la réserve des autorités locales concernant la langue de l'Assemblée législative coïncidait avec l'arrivée des colons dans les plaines de l'Ouest. L'équilibre démographique de la région a changé radicalement vers la fin du siècle et ce changement est à l'origine des caractéristiques linguistiques qui existent encore de nos jours, comme nous le verrons plus loin dans ces motifs. Pour faire le tour de la question, il convient de souligner qu'en janvier 1892 l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest a adopté une résolution prévoyant que ses délibérations devraient se dérouler en anglais seulement. Cette résolution n'a pas été proclamée de la manière prescrite à l'art. 110 et n'a jamais acquis force de loi.

En 1905, les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan ont été créées par des lois fédérales. Les articles de la *Loi sur la Saskatchewan* qui nous intéressent principalement sont les suivants:

3. Les dispositions des Actes de l'Amérique du Nord britannique, de 1867 à 1886 [maintenant les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1886*] s'appliquent à la province de la Saskatchewan de la même manière et dans la même mesure qu'elles s'appliquent aux provinces jusqu'aujourd'hui parties du Canada, comme si la dite province de la Saskatchewan eût été l'une des provinces unies en premier lieu, sauf en tant que les dites dispositions sont modifiées par la présente loi et à l'exception de celles qui sont expressément applicables ou qui peuvent raisonnablement être interprétées comme spécialement applicables à une ou plusieurs et non à la totalité des dites provinces.

16. (1) Toutes les lois et les ordonnances et tous les règlements établis sous leur autorité, en tant qu'ils ne dérogent à aucune disposition de la présente loi ou en ce que la présente loi ne contient pas de disposition destinée à leur être substituée, et tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle et les commissions, les pouvoirs, autorités et fonctions, et tous les officiers et fonctionnaires judiciaires, administratifs et ministériels existant immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi dans le territoire qu'elle constitue en province, continueront d'exister dans la province de la Saskatchewan comme si la présente loi et l'Acte de l'Alberta n'eussent pas été rendus; sauf, toutefois (à l'exception de ce qui a été édicté par actes du parlement de la Grande-Bretagne ou du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et de ce qui existe en vertu de ces actes), abrogation, abolition ou modification par le parlement du Canada ou par la législature de la dite province dans

said Legislature: Provided that all powers, authorities and functions which under any law, order or regulation were, before the coming into force of this Act, vested in or exercisable by any public officer or functionary of the North-west Territories shall be vested in and exercisable in and for the said province by like public officers and functionaries of the said province when appointed by competent authority.

Stripping the non-essential words from s. 16(1) so as to make this complex and perhaps ungrammatical provision understandable, s. 16(1) reads as follows: "All laws . . . so far as they are not inconsistent with anything contained in this Act, or as to which this Act contains no provision intended as a substitute therefor, and all courts of civil and criminal jurisdiction . . . existing immediately before the coming into force of this Act in . . . Saskatchewan, shall continue in the said province . . . subject, nevertheless . . . to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature . . . according to the authority of the Parliament or of the said Legislature . . ."

This general provision for the incorporation by reference of the laws of the North-West Territories into the new province of Saskatchewan, must be read and understood in the light of s. 14 of the *Saskatchewan Act* which specifically incorporated the North-West Territories laws constituting the Legislative Assembly of the North-West Territories, into the laws of Saskatchewan.

14. Until the said Legislature otherwise determines, all the provisions of the law with regard to the constitution of the Legislative Assembly of the North-west Territories and the election of members thereof shall apply, *mutatis mutandis*, to the Legislative Assembly of the said province and the election of members thereof respectively.

The *Saskatchewan Act* also established a legislature in the new province:

12. There shall be a Legislature for the said province consisting of the Lieutenant Governor and one House to be styled the Legislative Assembly of Saskatchewan.

l'exercice de l'autorité qu'a le parlement ou la dite législature. Mais tous les pouvoirs, autorités et fonctions dont, en vertu d'une loi, d'une ordonnance ou d'un règlement, un officier ou fonctionnaire public des territoires du Nord-Ouest avait l'attribution et qu'il pouvait exercer avant l'entrée en vigueur de la présente loi, continueront d'être attribués à pareils officiers ou fonctionnaires publics de la dite province nommés par l'autorité compétente et peuvent être exercés par eux dans et pour la dite province.

Si on enlève du par. 16(1) les termes qui ne sont pas essentiels de manière à rendre compréhensible cette disposition complexe et sans doute incorrecte du point de vue grammatical, la disposition se lit ainsi: «Toutes les lois [. . .] en tant qu'[elles] ne dérogent à aucune disposition de la présente loi ou en ce que la présente loi ne contient pas de disposition destinée à leur être substituée, et tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle [. . .] existant immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi dans [la Saskatchewan], continueront d'exister dans la province [. . .] sauf, toutefois [. . .] abrogation, abolition ou modification par le parlement du Canada ou par la législature [. . .] dans l'exercice de l'autorité qu'a le parlement ou la dite législature. . .»

Cette disposition générale relative à l'incorporation par renvoi des lois des territoires du Nord-Ouest dans la nouvelle province de la Saskatchewan doit être interprétée et considérée à la lumière de l'art. 14 de la *Loi sur la Saskatchewan* qui incorporait expressément dans le droit de la Saskatchewan les lois des territoires du Nord-Ouest constituant l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest.

14. Jusqu'à ce que la dite législature en statue autrement, toutes les dispositions de la loi relatives à la constitution de l'assemblée législative des territoires du Nord-Ouest et à l'élection des membres de cette assemblée, s'appliquent, *mutatis mutandis*, à l'assemblée législative de la dite province et à l'élection des membres de cette assemblée respectivement.

La *Loi sur la Saskatchewan* créait également une assemblée législative dans la nouvelle province:

12. Il y aura pour la dite province une législature composée du Lieutenant-gouverneur et d'une chambre désignée sous le nom d'Assemblée législative de la Saskatchewan.

13. Until the said Legislature otherwise provides, the Legislative Assembly shall be composed of twenty-five members, to be elected to represent the electoral divisions defined in the schedule to this Act.

14. *Supra.*

15. The writs for the election of the members of the first Legislative Assembly of the said province shall be issued by the Lieutenant Governor and made returnable within six months after this Act comes into force.

By these comprehensive provisions the Parliament of Canada established a legislature for the new province being carved out of the North-West Territories. In the words of s. 16(1) of the *Saskatchewan Act* these provisions are "a substitute" for the laws of the North-West Territories relating to the Legislative Assembly of the Territories. Consequently, the laws incorporated into the new province by s. 16(1) do not include the laws of the Territories dealing with the Legislative Assembly of the North-West Territories, including that part of s. 110 which relates to the Legislative Assembly. The legislature, almost immediately upon its establishment by the *Saskatchewan Act* and the election of its members, proceeded to enact *The Legislative Assembly Act*, S.S. 1906, c. 4, under which the organization of the legislature of the province of Saskatchewan was completed.

This new legislature then in 1906 and 1907 abolished or replaced the courts which theretofore may have operated transitionally in the part of the North-West Territories which was included in the new province of Saskatchewan by virtue of s. 16(1) of the *Saskatchewan Act*. These new provincial courts were established by the following statutes: *The Magistrates Act*, S.S. 1906, c. 19; *The Judicature Act*, S.S. 1907, c. 8; *The District Courts Act*, S.S. 1907, c. 9; *The Surrogate Courts Act*, S.S. 1907, c. 10; *The Police Magistrates' Act*, S.S. 1907, c. 14; *The King's Bench Act*, S.S. 1915, c. 10; *The Court of Appeal Act*, S.S. 1915, c. 9; *The Provincial Court Act*, 1978, S.S. 1978, c. 42 (now R.S.S. 1978 (Supp.), c. P-30.1).

These enactments created new courts by the exercise of powers given the province under s.

13. Jusqu'à ce que la dite législature en statue autrement, l'Assemblée législative se composera de vingt-cinq membres qui seront élus pour représenter les districts électoraux déterminés à l'annexe à la présente loi.

a 14. Précité.

b 15. Le Lieutenant-gouverneur émettra les brefs pour l'élection des membres de la première assemblée législative de la dite province, et ces brefs seront faits rapportables dans les six mois après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Par ces dispositions détaillées, le Parlement du Canada a établi une assemblée législative pour la nouvelle province créée à partir des territoires du Nord-Ouest. Selon l'expression du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*, ces dispositions sont «substituées» aux lois des territoires du Nord-Ouest relatives à l'Assemblée législative des Territoires. Par conséquent, les lois introduites dans la nouvelle province par le par. 16(1) ne comprennent pas les lois des Territoires relatives à leur Assemblée législative, y compris la partie de l'art. 110 qui se rapporte à cette dernière. Presque immédiatement après sa création par la *Loi sur la Saskatchewan* et après l'élection de ses membres, la législature a adopté *The Legislative Assembly Act*, S.S. 1906, chap. 4, aux termes de laquelle l'organisation de l'Assemblée législative de la province de la Saskatchewan a été complétée.

Ensuite en 1906 et en 1907, cette nouvelle Assemblée législative a aboli ou remplacé les tribunaux qui ont pu exister jusque-là à titre transitoire dans la partie des territoires du Nord-Ouest qui a été incluse dans la nouvelle province de la Saskatchewan, en vertu du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*. Ces nouveaux tribunaux provinciaux ont été créés par les lois suivantes: *The Magistrates Act*, S.S. 1906, chap. 19; *The Judicature Act*, S.S. 1907, chap. 8; *The District Courts Act*, S.S. 1907, chap. 9; *The Surrogate Courts Act*, S.S. 1907, chap. 10; *The Police Magistrates' Act*, S.S. 1907, chap. 14; *The King's Bench Act*, S.S. 1915, chap. 10; *The Court of Appeal Act*, S.S. 1915, chap. 9; *The Provincial Court Act*, 1978, S.S. 1978, chap. 42 (maintenant R.S.S. 1978 (Supp.), chap. P-30.1).

j Ces textes ont créé de nouveaux tribunaux pour exercer les pouvoirs conférés à la province en vertu

92(14) of the *Constitution Act, 1867* which were made available to the new province by s. 3 of the *Saskatchewan Act*. The importation of the full panoply of provincial powers into Saskatchewan was clearly a 'substitute' for the judicature provisions of the North-West Territories.

Furthermore s. 3 of the *Saskatchewan Act* precludes the operation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* within the province of Saskatchewan. The new province is therefore given full plenary powers to establish its courts and legislature as it sees fit free from any restrictions in s. 133. This direct and express grant of constitutional authority cannot be subject to derogation by a facilitative, transitional adoption of some laws of the North-West Territories.

With the exception of laws relating to the new institutions of the new province, the general law of the Territories was continued in Saskatchewan in transition until the new provincial legislature enacted appropriate private and public law.

III. The Course of Proceedings Herein to Date

This proceeding grew in a fashion now all too familiar to the courts. The issue which emerged from the opening of the trial was simply the use of the French language and French versions of certain statutes of Saskatchewan in the Provincial Court of Saskatchewan, in a proceeding relating to a charge under a provincial statute. The appellant at that stage of these proceedings asked for an adjournment of the hearing until the Clerk of the provincial legislative assembly produced for the assistance of the appellant in the conduct of the proceedings in the Provincial Court, five statutes printed and proclaimed in French: *The Vehicles Act*, R.S.S. 1978, c. V-3, *The Summary Offences Procedure Act*, R.S.S. 1978, c. S-63, *The Interpretation Act*, R.S.S. 1978, c. I-11, *The Saskatchewan Evidence Act*, R.S.S. 1978, c. S-16, and *The Provincial Court Act*, R.S.S. 1978 (Supp.), c. P-30.1. From his conviction on the charge under *The Vehicles Act*, Father Mercure appealed by way of a stated case. The record in these proceed-

du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* dont la nouvelle province pouvait se prévaloir en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur la Saskatchewan*. L'introduction de la panoplie complète des pouvoirs provinciaux en Saskatchewan les a clairement «substitués» aux dispositions sur l'organisation judiciaire des territoires du Nord-Ouest.

En outre, l'art. 3 de la *Loi sur la Saskatchewan* exclut l'application de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en Saskatchewan. La nouvelle province a donc les pleins pouvoirs pour créer ses tribunaux et son Assemblée législative comme elle l'entend, sans aucune des restrictions de l'art. 133. Le pouvoir constitutionnel accordé directement et expressément ne peut être soumis à une dérogation par l'adoption transitoire et facilitée de certaines lois des territoires du Nord-Ouest.

À part les lois relatives aux nouvelles institutions de la nouvelle province, le droit général des Territoires a continué d'exister en Saskatchewan durant la transition jusqu'à ce que la nouvelle Assemblée législative provinciale adopte les lois de droit public et privé requises.

III. Le déroulement des procédures jusqu'à maintenant

La présente instance a évolué d'une manière devenue aujourd'hui trop courante devant les tribunaux. La question qui se posait au début du procès portait simplement sur l'usage de la langue française et des versions françaises de certaines lois de la Saskatchewan devant la Cour provinciale de la Saskatchewan, dans une instance relative à une accusation aux termes d'une loi provinciale. L'appelant, à ce stade des procédures, a demandé un ajournement jusqu'à ce que le greffier de l'Assemblée législative de la province lui fournisse cinq lois imprimées et proclamées en français pour l'aider à subir son procès devant la Cour provinciale: *The Vehicles Act*, R.S.S. 1978, chap. V-3, *The Summary Offences Procedure Act*, R.S.S. 1978, chap. S-63, *The Interpretation Act*, R.S.S. 1978, chap. I-11, *The Saskatchewan Evidence Act*, R.S.S. 1978, chap. S-16, et *The Provincial Court Act*, R.S.S. 1978 (Supp.), chap. P-30.1. Le père Mercure a interjeté appel par voie d'exposé de cause contre sa déclaration de culpabilité relative-

ings consists only of the stated case and the judgments of the courts below.

This Court after granting leave to appeal set forth (by order of this Court, dated July 7, 1986) the following constitutional questions:

1. Does s. 110 of *The North-West Territories Act* (54 & 55 Vict., c. 22, s. 18) continue to apply, in whole or in part, to the province of Saskatchewan by virtue of s. 16 of the *Saskatchewan Act*?
2. If the answer to Question 1 is affirmative, do the rights which are derived from s. 110 of *The North-West Territories Act* form part of the Constitution of Canada or can they be modified unilaterally by Saskatchewan and if so to what extent?
3. If the answer to Question 1 is affirmative, does s. 110 of *The North-West Territories Act* require Saskatchewan to print its laws in English and in French?
4. If the answer to Question 1 is affirmative, does s. 110 of *The North-West Territories Act* afford a party pleading in a court of Saskatchewan the right to use either English or French?
5. If the answer to Question 1 is affirmative, does s. 110 of *The North-West Territories Act* require that the proceedings be conducted in English or French at the option of the accused or defendant?
6. If the answer to Question 4 is affirmative, does the right to use either English or French before the courts of Saskatchewan include, by virtue of s. 110 of *The North-West Territories Act*, the right to be understood by the judge or judge and jury without the assistance of an interpreter or simultaneous translation?

It will be seen that a proceeding which commenced as a quasi-criminal proceeding in a provincial court under a provincial statute has gradually transformed itself into either an action for declaration or an informal reference seeking the same result as though the reference were in fact made under either provincial or federal legislation for that purpose. It is an unhappy characteristic of this style of litigation in the courts today that the factual record upon which the ultimate proceeding is based is at best an inadequate foundation of

ment à l'accusation portée en vertu de *The Vehicles Act*. Le dossier dans ces procédures n'est constitué que de l'exposé de cause et des décisions des tribunaux d'instance inférieure.

- a Après avoir autorisé le pourvoi, la Cour a énoncé (par ordonnance en date du 7 juillet 1986) les questions constitutionnelles suivantes:
 - b 1. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* (54 & 55 Vict., chap. 22, art. 18) est-il toujours applicable, en totalité ou en partie, à la province de la Saskatchewan, en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*?
 - c 2. Si la réponse à la première question est affirmative, les droits qui découlent de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* font-ils partie intégrante de la Constitution du Canada ou peuvent-ils être modifiés unilatéralement par la Saskatchewan, et, si oui, dans quelle mesure?
 - d 3. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* oblige-t-il la Saskatchewan à imprimer ses lois en français et en anglais?
 - e 4. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal de la Saskatchewan le droit d'employer le français ou l'anglais?
 - f 5. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* exige-t-il que les procédures se déroulent en français ou en anglais au choix de l'accusé ou défendeur?
 - g 6. Si la réponse à la quatrième question est affirmative, le droit d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux de la Saskatchewan comprend-il, en vertu de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, le droit d'être compris par le juge, ou le juge et le jury, sans l'aide d'un interprète ou de la traduction simultanée?
 - h

On constatera qu'une instance qui a débuté sous la forme de procédures quasi criminelles devant une cour provinciale en vertu d'une loi provinciale s'est progressivement transformée en action visant à obtenir un jugement déclaratoire ou en renvoi informel visant à obtenir le même résultat que si le renvoi avait été en fait présenté à cette fin en vertu d'une loi provinciale ou fédérale. C'est une caractéristique malheureuse de ce genre de litige dont sont saisis les tribunaux de nos jours, que le dossier des faits sur lequel la dernière procédure est

evidence or information from which this Court must discern the ultimate issues raised by successor parties and upon which to found a final dispositive judgment responding to these late emerging but very important issues. The doctrine of *res judicata* is of uncertain application to such proceedings.

IV. Judgments of the Lower Courts

A. *Saskatchewan Provincial Court*

As noted, the appellant made a preliminary application to the Court, prior to entering a plea, to be permitted to enter a plea in French, to have his trial proceeded with in French, and to have the hearing delayed until the Clerk of the Saskatchewan Legislative Assembly could deliver before the court certain relevant Saskatchewan statutes printed in French. In the view of Deshayé, Prov. Ct. J., s. 110 of *The North-West Territories Act* continued to apply to the province of Saskatchewan by virtue of s. 16(1) of the *Saskatchewan Act*. Beginning in 1906, the Saskatchewan Legislature began to replace the Supreme Court of the North-West Territories with the courts of Saskatchewan. Judge Deshayé held that this did not thereby abolish the subject-matter to which s. 16(1) makes reference. The "courts" referred to in s. 110 continued to exist and the language guarantees found therein continued to apply to the new Saskatchewan courts. Judge Deshayé held that s. 110 entitled the appellant to address the court in French and to be provided with an interpreter. He also held that the appellant was not entitled to be provided with statutes printed in French because s. 110 required that only ordinances of the Legislative Assembly of the North-West Territories be printed in both English and French. The subject-matter of this enactment, the Legislative Assembly of the North-West Territories, ceased to function in the portion of the Territories which became the province of Saskatchewan. Section 110 had therefore no application to the Legislative Assembly of Saskatchewan that was established in the *Saskatche-*

fondée est, au mieux, une source insuffisante de preuves ou de renseignements à partir desquels cette Cour doit dégager les questions soulevées en définitive par des parties en reprise d'instance, et rendre un jugement final en réponse à ces questions tardives mais très importantes. La doctrine de la chose jugée devient d'application incertaine dans de telles procédures.

b IV. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour provinciale de la Saskatchewan*

Comme je l'ai souligné, avant d'inscrire un plaidoyer, l'appellant a présenté une demande préliminaire au tribunal en vue d'obtenir l'autorisation d'inscrire un plaidoyer en français, la tenue de son procès en français et le report de l'audience jusqu'à ce que le greffier de l'Assemblée législative de la Saskatchewan puisse présenter à la cour certaines lois pertinentes de la Saskatchewan imprimées en français. De l'avis du juge Deshayé de la Cour provinciale, l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* continue de s'appliquer à la province de la Saskatchewan en vertu du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*. L'Assemblée législative de la Saskatchewan a entrepris, en 1906, de remplacer la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest par les tribunaux de la Saskatchewan. Le juge Deshayé a conclu que ce remplacement n'a pas eu pour effet d'abolir le sujet auquel renvoie le par. 16(1). Les «cours de justice» visées à l'art. 110 ont continué à exister et les garanties linguistiques qu'on y trouve ont continué à s'appliquer aux nouveaux tribunaux de la Saskatchewan. Le juge Deshayé a conclu que l'art. 110 accordait à l'appellant le droit de s'adresser au tribunal en français et d'obtenir les services d'un interprète. Il a également conclu que l'appellant n'avait pas le droit d'obtenir les lois imprimées en français parce que l'art. 110 exigeait que seules les ordonnances de l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest soient imprimées en français et en anglais. L'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest, qui est l'objet de cette disposition, a cessé de fonctionner dans la partie des Territoires qui est devenue la province de la Saskatchewan. Par conséquent, l'art. 110 ne s'appliquait pas à l'Assemblée législative de la Saskatchewan qui a été créée

wan Act, and the appellant was not entitled to statutes printed in French.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*

Chief Justice Bayda, writing for the majority of the Court, largely agreed with the findings of Deshayé, Prov. Ct. J. Section 110 was incorporated into Saskatchewan by s. 16(1) and its language guarantees continued to apply to the newly established Saskatchewan courts. Bayda C.J.S. held that s. 110 entitled the appellant to be provided with an interpreter. As did Deshayé, Prov. Ct. J., Bayda C.J.S. also held that s. 110 did not apply to the Legislative Assembly of Saskatchewan. Upon the creation of the province of Saskatchewan, no further ordinances of the Legislative Assembly of the North-West Territories were made in relation to Saskatchewan and the provision in question ceased to have any further effect in Saskatchewan. The appellant was not therefore entitled to statutes printed in French.

Hall J.A. dissented in the Court of Appeal. He held that s. 110 was applicable only to the courts of the North-West Territories and became inapplicable in Saskatchewan once the province established courts of its own. Further, he noted that if s. 110 had remained in force in Saskatchewan, s. 110 would not be satisfied merely by supplying an interpreter. Simultaneous translation would be required. He also held, without explanatory reasoning, that the clear language of s. 110 required that the statutes of Saskatchewan be printed in both English and French.

V. Preliminary Matters

It should be noted that the relevant provisions of the *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3, are identical to those of the *Saskatchewan Act* with respect to the incorporation of the laws of the North-West Territories. The Attorney General for Alberta accordingly appeared as an intervener in this appeal and

dans la *Loi sur la Saskatchewan*, et l'appellant n'avait pas le droit d'obtenir les lois imprimées en français.

B. *La Cour d'appel de la Saskatchewan*

Le juge en chef Bayda de la Saskatchewan, s'exprimant au nom de la cour à la majorité, a adopté en grande partie les conclusions du juge Deshayé de la Cour provinciale. L'article 110 est devenu applicable en Saskatchewan en vertu du par. 16(1) et ses garanties linguistiques ont continué à s'appliquer aux tribunaux nouvellement créés de la Saskatchewan. Le juge en chef Bayda a conclu que l'art. 110 donnait à l'appellant le droit d'obtenir les services d'un interprète. À l'instar du juge Deshayé de la Cour provinciale, le juge en chef Bayda a également conclu que l'art. 110 ne s'appliquait pas à l'Assemblée législative de la Saskatchewan. Lors de la création de la province de la Saskatchewan, aucune autre ordonnance de l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest n'a été établie relativement à la Saskatchewan et la disposition en question a cessé de s'appliquer en Saskatchewan. L'appellant n'avait donc pas le droit d'obtenir les lois imprimées en français.

Le juge Hall de la Cour d'appel a exprimé sa dissidence. Il a conclu que l'art. 110 ne s'appliquait qu'aux tribunaux des territoires du Nord-Ouest et est devenu inapplicable en Saskatchewan lorsque la province a créé ses propres tribunaux. En outre, il a souligné que si l'art. 110 était demeuré en vigueur en Saskatchewan, on ne pourrait y satisfaire simplement en fournissant les services d'un interprète. La traduction simultanée serait nécessaire. Il a également conclu, sans expliquer pourquoi, que le texte clair de l'art. 110 exigeait que les lois de la Saskatchewan soient imprimées en français et en anglais.

V. Questions préliminaires

Il convient de souligner que les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, chap. 3, sont identiques à celles de la *Loi sur la Saskatchewan* en ce qui a trait à l'incorporation des lois des territoires du Nord-Ouest. Par conséquent, le procureur général de l'Alberta a comparu à titre

supported the position taken by the province of Saskatchewan.

It is important to briefly dispose of those matters which are not properly at issue in these proceedings. The appellant was charged with a provincial offence and not a criminal offence as found in the *Criminal Code*. This appeal does not therefore raise the issue of what 'criminal procedure' is to be employed in Saskatchewan courts pursuant to s. 16(2) of the *Saskatchewan Act* which specifically provides for the incorporation into provincial law of the rules of procedure in criminal matters.

It should also be noted that the trial of the appellant did not take place in the Court of Queen's Bench but in the Provincial Court of Saskatchewan. There was no North-West Territory counterpart for such a court. Section 101 of the *Constitution Act, 1867* does not ultimately reach the court of Deshayé Prov. Ct. J. through s. 16(1) of the *Saskatchewan Act*, s. 4 of the *Constitution Act, 1871*, or otherwise. Furthermore, any court of comparable jurisdiction as may have existed in the North-West Territories ceased to exist in the province of Saskatchewan at the latest upon the passage of *The Magistrates Act* in 1906 and *The Police Magistrates' Act* in 1907, when the forerunners of the present-day provincial courts were established in the province. The present provincial courts were established by *The Provincial Court Act, 1978* and unless the legislature of Saskatchewan is found to be constitutionally illegitimate, these courts were validly established by the province. Section 110 of *The North-West Territories Act* is left without any attachment or application to the trial court of Judge Deshayé in which these proceedings originated.

The issue raised in question 6 has already been resolved in principle in the event that s. 110 of *The North-West Territories Act* is found to apply in Saskatchewan. This Court in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1

d'intervenant dans le présent pourvoi et a appuyé la position adoptée par la province de la Saskatchewan.

Il est important de statuer rapidement sur les questions qui ne sont pas vraiment litigieuses en l'espèce. L'appellant a été accusé d'une infraction provinciale et non d'une infraction criminelle figurant dans le *Code criminel*. Le présent pourvoi ne soulève donc pas la question de savoir quelle «procédure en matière criminelle» doit être utilisée devant les tribunaux de la Saskatchewan, selon le par. 16(2) de la *Loi sur la Saskatchewan* qui prévoit précisément l'incorporation des règles de procédure en matière criminelle dans le droit de la province.

Il convient également de souligner que le procès de l'appellant n'a pas eu lieu devant la Cour du Banc de la Reine, mais devant la Cour provinciale de la Saskatchewan. Il n'y avait aucun tribunal équivalent dans les territoires du Nord-Ouest. L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique en définitive pas au tribunal du juge Deshayé en vertu du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*, de l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871* ou d'un autre texte. En outre, tout tribunal de juridiction comparable qui peut avoir existé dans les territoires du Nord-Ouest a cessé d'exister dans la province de la Saskatchewan au plus tard lors de l'adoption de *The Magistrates Act* en 1906 et *The Police Magistrates' Act* en 1907, lorsque les tribunaux précurseurs des cours provinciales actuelles ont été créés dans la province. Les tribunaux provinciaux actuels ont été créés par *The Provincial Court Act, 1978*, et, à moins qu'on ne déclare que la législature de la Saskatchewan n'a aucune légitimité constitutionnelle, la province les a validement créés. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* n'a aucun lien avec le tribunal de première instance du juge Deshayé où ces procédures ont pris naissance et ne s'y applique aucunement.

On a déjà répondu en principe à la sixième question dans l'éventualité où l'on conclurait à l'application de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* en Saskatchewan. Cette Cour, dans l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fair-*

S.C.R. 549, held (at pp. 574-75) that “there is no language guarantee, either under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, or s. 19 of the *Charter*, any more than under s. 17 of the *Charter*, that the speaker will be heard or understood, or that he has the right to be heard or understood in the language of his choice” (*per* Beetz J.) This reasoning with respect to s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 19 of the *Charter* is equally applicable to s. 110 of *The North-West Territories Act* if it be now in effect in Saskatchewan as asserted by the appellant.

The Legislative Assembly Act of 1906, as is the case in *The Judicature Act* of 1907, and in the other court legislation of Saskatchewan, is silent as to the language in which the legislature functions. Unless some constitutional source for the demand for statutes printed in the French language can be found, the burden is upon the person asserting such a right to establish it in the laws of the province. The statute was enacted in English; the forms for use by the public and by public officers in connection with the operations of the legislature, and for the election of members are all in English. There is no source for such a right asserted by anyone before this Court other than s. 110.

VI. The Relationship Between the Saskatchewan Act and s. 110 of The North-West Territories Act

The ultimate decision to be made is simply whether or not s. 110 formed a part of the law of Saskatchewan at the time of the commencement of these proceedings. That entails a detailed examination of the relevant statutory provisions of Canada and Saskatchewan. In order to put all these provisions, federal and provincial alike, into proper perspective it is of first importance to recognize the basic distinction in law between s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and the *Constitution Act, 1871* on the one hand, and s. 110 of *The North-West Territories Act* on the other hand. Section 23 provides:

23. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Legislature, and both those languages shall be used in

ness in Education, [1986] 1 R.C.S. 549, a conclu (aux pp. 574 et 575) que «ni l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni l'art. 19 de la *Charte* ne garantissent, pas plus que l'art. 17 de la *Charte*, que la personne qui parle sera entendue ou comprise dans la langue de son choix ni ne lui confèrent le droit de l'être» (le juge Beetz). Ce raisonnement relatif à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'art. 19 de la *Charte* s'applique également à l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* s'il est maintenant en vigueur comme le prétend l'appellant.

The Legislative Assembly Act de 1906, pas plus que ne le font *The Judicature Act* de 1907 et d'autres textes législatifs relativement aux tribunaux de la Saskatchewan, ne dit rien quant à la langue de l'Assemblée législative. À moins qu'on puisse trouver une source constitutionnelle à l'appui de la demande visant à obtenir des lois imprimées en français, il incombe à la personne qui fait valoir un tel droit d'en démontrer l'existence dans les lois de la province. La Loi a été adoptée en anglais, les formulaires à l'usage du public et des fonctionnaires relativement aux activités de l'Assemblée législative et en ce qui a trait à l'élection des députés sont tous en anglais. L'article 110 est la seule source qui a été invoquée pour faire valoir un tel droit devant cette Cour.

VI. Le rapport entre la Loi sur la Saskatchewan et l'art. 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest

La décision qui doit finalement être prise est simplement de savoir si l'art. 110 faisait partie du droit de la Saskatchewan au début de la présente instance. Cela exige un examen détaillé des dispositions législatives pertinentes du Canada et de la Saskatchewan. Afin de bien situer dans leur contexte toutes ces dispositions tant fédérales que provinciales, il est très important de reconnaître la distinction fondamentale sur le plan du droit entre l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et la *Loi constitutionnelle de 1871* d'une part, et l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* d'autre part. L'article 23 prévoit:

23. L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature; mais dans la rédaction des archives, pro-

the respective Records and Journals of those Houses; and either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the British North America Act, 1867, or in, or from all or any of the Courts of the Province. The Acts of the Legislature shall be printed and published in both those languages.

The history of s. 23 and its position in our Constitution is fully dealt with in the *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, and need not be reviewed here. It became a constitutional provision whereunder language rights were established in the Constitution of the newly created province of Manitoba. It was not amendable by the Canadian Parliament or by the Legislature of Manitoba.

Section 110 on the other hand was only a part of the body of the law of the North-West Territories which may or may not have been continued, at best transitionally and conditionally, into the province of Saskatchewan by s. 16(1) of the *Saskatchewan Act*. Section 110 by its own terms was subject to repeal or revision by the local legislature with reference to its application to that legislature. Furthermore, s. 16(1) of the *Saskatchewan Act* expressly provided that any laws of the North-West Territories incorporated by that section into the laws of Saskatchewan were subject to 'repeal, abolition or alteration' by Parliament or by the legislature of the new province according to their respective competences. In all this process s. 110 was at no time included in the Constitution by the Parliament of the United Kingdom, or by the Parliament of Canada pursuant to any action taken by it under the *Constitution Act, 1871*.

The *Saskatchewan Act* in various terms already set forth contemplated that the Saskatchewan Legislature in the exercise of its constitutional powers under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* and otherwise would establish provincial institutions as would be in the interests of the new province. Those powers clearly included the power to abolish the Supreme Court of the North-West

cès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les actes de la législature seront imprimés et publiés dans ces deux langues.

L'historique de l'art. 23 et de sa position dans notre Constitution est traité à fond dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, et il n'est pas nécessaire d'y revenir en l'espèce. Cet article est devenu une disposition constitutionnelle en vertu de laquelle des droits linguistiques ont été créés dans la Constitution de la nouvelle province du Manitoba. Ni le Parlement canadien ni l'Assemblée législative du Manitoba ne pouvaient le modifier.

Par ailleurs, l'art. 110 ne constituait qu'une partie du droit des territoires du Nord-Ouest qui peut avoir été maintenu en vigueur, au mieux de manière transitoire et conditionnelle, dans la province de la Saskatchewan aux termes du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*. L'article 110, de par ses propres termes, pouvait être abrogé ou révisé par l'assemblée législative locale en ce qui a trait à son application à celle-ci. En outre, le par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* prévoyait expressément que toutes les lois des territoires du Nord-Ouest incorporées par cet article dans le droit de la Saskatchewan pouvaient être «abrogées, abolies ou modifiées» par le Parlement ou la législature de la nouvelle province selon leurs compétences respectives. Dans tout ce processus, l'art. 110 n'a jamais été inclus dans la Constitution par le Parlement du Royaume-Uni ou par le Parlement du Canada conformément à une mesure prise aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1871*.

La *Loi sur la Saskatchewan* prévoyait de diverses façons énoncées précédemment que l'Assemblée législative de la Saskatchewan, dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels que lui confèrent le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et d'autres dispositions, créerait les institutions provinciales qui seraient dans l'intérêt de la nouvelle province. Ces pouvoirs comprenaient nettement le

Territories and to establish courts and to prescribe the language of those courts. The scope of the legislative authority of the new Saskatchewan Legislature established by ss. 12 *et seq.* of the *Saskatchewan Act* was likewise unfettered with reference to the establishment of its own legislative assembly which, as we have seen, it attended to in 1906. Therefore, the legislature established under the *Saskatchewan Act* was replaced almost immediately when that legislature enacted *The Legislative Assembly Act*, S.S. 1906, c. 4.

The *Saskatchewan Act*, s. 3, makes the provisions of the *Constitution Acts, 1867 to 1886*, applicable to Saskatchewan except where such provisions are specially applicable to or only affect some of the provinces, and except as such provisions may be varied by the *Saskatchewan Act*. Section 133 of the *Constitution Act, 1867* does not by its terms apply to Saskatchewan. Section 133 provides:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

There was no constitutional impediment or restriction, unlike the situation resulting from the presence of s. 23 in the *Manitoba Act, 1870*, to the new province exercising its free legislative will under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* as regards the use of language in the legislature and the courts. Indeed, Parliament, acting under its authority to establish new provinces under s. 2 of the *Constitution Act, 1871*, might well have made reference in the *Saskatchewan Act* to s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, or might have inserted a clause comparable to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. It did neither. It would be unusual to find in

pouvoir d'abolir la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest, de créer des tribunaux et d'en prescrire la langue d'usage. De même, la portée de la compétence législative de la nouvelle législature de la Saskatchewan établie par les art. 12 et suiv. de la *Loi sur la Saskatchewan* était illimitée en ce qui a trait à la création de sa propre assemblée législative dont, comme nous l'avons vu, elle s'est occupée en 1906. Par conséquent, la législature créée en vertu de la *Loi sur la Saskatchewan* a été presque immédiatement remplacée lorsqu'elle a adopté *The Legislative Assembly Act*, S.S 1906, chap. 4.

L'article 3 de la *Loi sur la Saskatchewan*, prévoit que les dispositions des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1886* s'appliquent à la Saskatchewan sauf si ces dispositions sont spécialement applicables à une seule ou plusieurs provinces, et si elles peuvent être modifiées par la *Loi sur la Saskatchewan*. Textuellement, l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas à la Saskatchewan. L'article 133 prévoit:

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature du Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

Contrairement à la situation qui découlait de la présence de l'art. 23 dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, aucune restriction ni aucun obstacle constitutionnel ne venait empêcher la nouvelle province d'exercer librement sa volonté législative aux termes de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui a trait à la langue à utiliser à l'Assemblée législative et devant les tribunaux. En fait, le Parlement, agissant en vertu de son pouvoir de créer de nouvelles provinces aux termes de l'art. 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, aurait très bien pu mentionner dans la *Loi sur la Saskatchewan* l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

the light of all this, that s. 110 has by an indirect and convoluted process somehow been introduced into the Constitution of Saskatchewan.

Section 3 of the *Saskatchewan Act* frees Saskatchewan from the operation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. The new legislature established in s. 12 of the *Saskatchewan Act* is by s. 3 empowered to adopt its own rules of language in all its functions and to establish courts without reference to any language rights. The essence of the appellant's submission is that s. 16(1) of the *Saskatchewan Act* indirectly repealed s. 3 of that same Act by requiring the new legislature thereby established to operate under the regime of s. 133. If this submission fails, then none of the actions taken by the new legislature, including the enactment of *The Legislative Assembly Act* in 1906 (establishing the Legislative Assembly of the province of Saskatchewan), can be said to be in any way invalid. Section 3 of the *Saskatchewan Act* gives the new province full plenary powers to establish its courts and legislature, as it sees fit, free from any restrictions in s. 133. This inevitably, in my respectful view, blocks the possible introduction of s. 110 into the laws of the new province. To introduce such a provision of the North-West Territories into the laws of Saskatchewan is in complete conflict with the provisions and plan of the *Saskatchewan Act* which establishes a complete substitution in the new province for the institutions and the laws related thereto of the North-West Territories.

Unlike the treatment accorded to the establishment of the courts and legislature of the new province, Parliament in s. 17 of the *Saskatchewan Act*, when it came to educational matters, made s. 93 of the *Constitution Act, 1867* applicable to the new province with variations as set out in s. 17. Had this been done in connection with the establishment of the provincial courts or the legislature, a result similar to that reached in Manitoba might have been brought about. As it is, the legislative

ou insérer une clause comparable à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Il ne l'a pas fait. Compte tenu de tout cela, il serait anormal de conclure que l'art. 110 a, par quelque moyen indirect et détourné, été inséré dans la Constitution de la Saskatchewan.

L'article 3 de la *Loi sur la Saskatchewan* dégage la Saskatchewan de l'application de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La nouvelle législature créée par l'art. 12 de la *Loi sur la Saskatchewan* a le pouvoir en vertu de l'art. 3 d'adopter ses propres règles linguistiques pour toutes ses fonctions et d'établir des tribunaux sans mentionner de droits linguistiques. L'essence de l'argument de l'appelant est que le par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* abroge indirectement l'art. 3 de cette loi en imposant à la nouvelle législature ainsi créée le régime prévu à l'art. 133. Si cet argument est irrecevable, alors on peut dire qu'aucune des mesures adoptées par la nouvelle législature, y compris l'adoption de *The Legislative Assembly Act* en 1906 (qui a créé l'Assemblée législative de la province de la Saskatchewan) ne sont de quelque façon invalides. L'article 3 de la *Loi sur la Saskatchewan* accorde à la nouvelle province les pleins pouvoirs pour établir ses tribunaux et son Assemblée législative comme elle l'entend, sans aucune des restrictions de l'art. 133. À mon avis, ceci bloque inévitablement l'introduction possible de l'art. 110 dans les lois de la nouvelle province. Introduire une telle disposition des territoires du Nord-Ouest dans les lois de la Saskatchewan est en conflit total avec les dispositions et le régime de la *Loi sur la Saskatchewan* qui prévoit un remplacement total dans la nouvelle province des institutions et des lois relatives jusqu'ici aux territoires du Nord-Ouest.

Contrairement au traitement accordé à la création des tribunaux et de la législature dans la nouvelle province, le Parlement, à l'art. 17 de la *Loi sur la Saskatchewan*, en ce qui a trait aux questions relatives à l'éducation, a rendu l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* applicable à la nouvelle province sous réserve des modifications qui y sont énoncées. Si cela avait été fait relativement à la création des tribunaux provinciaux ou de la législature, cela aurait pu entraîner un résultat

action taken by Parliament in the *Saskatchewan Act* under the authorization of the *Constitution Act, 1871* leaves the power of the legislature of the province of Saskatchewan untrammelled as regards the use of language in the legislature and the courts.

The principal, and in my view only, gate through which s. 110 can pass into the laws of the province of Saskatchewan is s. 16(1) of the *Saskatchewan Act*. This then leads to the question of the correct interpretation of s. 16 and the other provisions of the *Saskatchewan Act*, and of *The Judicature Act* of Saskatchewan, S.S. 1907, c. 8, and the other acts of the province of Saskatchewan establishing courts and their respective jurisdictions, as they may apply to the prosecution under *The Vehicles Act* which started these proceedings.

The issue, however complex it may become, can be simply stated. Either s. 110 was not incorporated by s. 16(1) of the *Saskatchewan Act* into the laws of Saskatchewan, or it was so incorporated. It is convenient to examine the former alternative first.

A. *Section 110 Did Not Become Part of the Laws of Saskatchewan*

It is convenient to repeat the operative words of s. 16(1): "All laws . . . so far as they are not inconsistent with anything contained in this Act, or as to which this Act contains no provision intended as a substitute therefor, and all courts of civil and criminal jurisdiction . . . existing immediately before the coming into force of this Act in . . . Saskatchewan, shall continue in the said province . . . subject, nevertheless . . . to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature . . . according to the authority of the Parliament or of the said Legislature . . ."

In section 16(1), Parliament, legislating exclusively with reference to the province of Saskatchewan in the course of organizing the new province, established its courts. The jurisprudential effect of

semblable à celui atteint au Manitoba. Les choses étant ce qu'elles sont, la mesure législative adoptée par le Parlement dans la *Loi sur la Saskatchewan* aux termes de l'autorisation de la *Loi constitutionnelle de 1871* laisse l'Assemblée législative de la province de la Saskatchewan libre d'exercer son pouvoir en ce qui a trait à la langue à utiliser à la législature et devant les tribunaux.

Le principal et, à mon avis, le seul moyen de faire entrer l'art. 110 dans le droit de la province de la Saskatchewan est le par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*. Cela nous amène donc à la question de la façon dont il faut interpréter l'art. 16 et les autres dispositions de la *Loi sur la Saskatchewan* et de *The Judicature Act* de la Saskatchewan, S.S. 1907, chap. 8, et les autres lois de la province de la Saskatchewan qui ont créé des tribunaux et prescrit leurs compétences respectives, dans la mesure où elles peuvent s'appliquer à la poursuite intentée aux termes de *The Vehicles Act* à l'origine des présentes procédures.

Quelque complexe qu'elle puisse être devenue, la question peut se résumer à ceci: soit que l'art. 110 n'a pas été incorporé dans le droit de la Saskatchewan par le par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*, soit qu'il l'a été. Il convient d'examiner d'abord la première possibilité.

A. *L'article 110 n'est pas devenu partie du droit de la Saskatchewan*

Il est utile de répéter les termes essentiels du par. 16(1): «Toutes les lois [. . .] en tant qu'[elles] ne dérogent à aucune disposition de la présente loi ou en ce que la présente loi ne contient pas de disposition destinée à leur être substituée, et tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle [. . .] existant immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi dans [la Saskatchewan], continueront d'exister dans la province [. . .] sauf, toutefois [. . .] abrogation, abolition ou modification par le parlement du Canada ou par la législature [. . .] dans l'exercice de l'autorité qu'a le parlement ou la dite législature. . .»

Au paragraphe 16(1), le Parlement, en légiférant exclusivement à l'égard de la province de la Saskatchewan dans le cadre de l'organisation de la nouvelle province, a créé ses tribunaux. Sur le plan

this action by Parliament was to establish in Saskatchewan 'courts for the administration of justice' in the words of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* as Parliament was authorized to do by s. 2 of the *Constitution Act, 1871* in the course of creating new provinces. Section 2 provides:

2. The Parliament of Canada may from time to time establish new Provinces in any territories forming for the time being part of the Dominion of Canada, but not included in any Province thereof, and may, at the time of such establishment, make provision for the constitution and administration of any such Province, and for the passing of laws for the peace, order, and good government of such Province, and for its representation in the said Parliament.

This was the root of authority in the Constitution for s. 16(1). Section 101 of the *Constitution Act, 1867* does not authorize Parliament to establish the courts of a province as 'courts of Canada'. The courts so established by Parliament in the new province were not therefore established in an exercise of the federal power under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* to establish 'courts of Canada'. In contrast the Supreme Court of the North-West Territories (and perhaps other courts in the North-West Territories, if any existed) had been established and organized by Parliament either under s. 4 of the *Constitution Act, 1871*, or as 'courts of Canada' under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. Section 4 of the *Constitution Act, 1871* states:

4. The Parliament of Canada may from time to time make provision for the administration, peace, order, and good government of any territory not for the time being included in any Province.

The status in constitutional law of the courts of the North-West Territories before the passage of the *Saskatchewan Act* need not be determined in the disposition of this appeal, nor is it necessary to determine the constitutional status of the courts of the North-West Territories as constituted in those Territories after the formation of the provinces of Saskatchewan and Alberta. It is unnecessary, therefore, to determine whether s. 133 of the *Constitution Act, 1867* has any application to courts

du droit, l'effet de cette action du Parlement a été de constituer en Saskatchewan des «tribunaux pour l'administration de la justice» selon les termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme l'art. 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871* autorisait le Parlement à le faire en créant de nouvelles provinces. L'article 2 prévoit:

2. Le Parlement du Canada pourra de temps à autre établir de nouvelles provinces dans aucun des territoires faisant alors partie de la Puissance du Canada, mais non compris dans aucune province de cette Puissance, et il pourra, lors de cet établissement, décréter des dispositions pour la constitution et l'administration de toute telle province et pour la passation de lois concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement de telle province et pour sa représentation dans le dit Parlement.

C'est là le fondement constitutionnel du par. 16(1). L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'autorise pas le Parlement à créer les tribunaux d'une province à titre de «tribunaux du Canada». Par conséquent, les tribunaux qui ont ainsi été créés par le Parlement dans la nouvelle province ne l'ont pas été dans le cadre de l'exercice du pouvoir fédéral d'établir des «tribunaux du Canada», que confère l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par contre, la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest (et sans doute d'autres tribunaux des territoires du Nord-Ouest, si jamais il y en a eu d'autres) a été constituée et organisée par le Parlement soit en vertu de l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871* ou à titre de «tribunaux du Canada» au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871* énonce:

4. Le Parlement du Canada pourra de temps à autre établir des dispositions concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement de tout territoire ne formant pas alors partie d'une province.

Pour trancher ce litige, il n'est pas nécessaire de déterminer le statut en droit constitutionnel des tribunaux des territoires du Nord-Ouest avant l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan* et il n'est pas non plus nécessaire de déterminer le statut constitutionnel des tribunaux des territoires du Nord-Ouest constitués à cet endroit après la formation des provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta. Il est donc inutile de déterminer si l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'applique

established in the North-West Territories. This Court considered that section in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, where Laskin C.J. stated at p. 193 that s. 133 applied in "any federally established Court . . ." (See also *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, *per* Beetz J., at p. 495, and *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 561.)

Simultaneously with the passage of the *Saskatchewan Act* the courts of the North-West Territories expired with reference to the territory comprised within the new province. These courts, as they existed before the *Saskatchewan Act* in the North-West Territories, ceased to have an existence or jurisdiction inside the new province of Saskatchewan. Indeed the Supreme Court of the North-West Territories was disestablished in the reduced North-West Territories simultaneously with the creation of the province of Saskatchewan (see *The North-west Territories Amendment Act*, 1905, S.C. 1905, c. 27, s. 8).

The courts established in Saskatchewan by the Parliament of Canada in the course of organizing the new province were the judicial institutions of the North-West Territories borrowed for the purpose of organizing the province of Saskatchewan by the Parliament of Canada and temporarily or transitionally clothed with jurisdiction inside the province of Saskatchewan. Whatever superficial trappings these new courts in Saskatchewan might have borne, they were not the courts of the North-West Territories but were newly established courts within the province of Saskatchewan put in place by the Parliament of Canada acting under s. 2 of the *Constitution Act, 1871* to carry on a function under s. 92(14) within that jurisdiction. All this constitutional action by the Parliament of Canada is the explanation for the statute enacted by Parliament and assented to on the same day as the *Saskatchewan Act*, namely *The North-west Territories Amendment Act*, 1905. In section 8 of that statute Parliament enacted: "The Supreme Court

aux tribunaux créés dans les territoires du Nord-Ouest. Cette Cour a examiné cet article dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, où le juge en chef Laskin a dit à la p. 193 que l'art. 133 s'appliquait par-devant «les tribunaux fédéraux . . .» (Voir également *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, le juge Beetz à la p. 495, et *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, précité, le juge en chef Dickson, à la p. 561.)

Au moment de l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan*, les tribunaux des territoires du Nord-Ouest ont cessé d'exister en ce qui a trait au territoire compris dans la nouvelle province. Ces tribunaux, tels qu'ils existaient dans les territoires du Nord-Ouest avant la *Loi sur la Saskatchewan*, ont cessé d'exister ou d'avoir compétence à l'intérieur de la nouvelle province de la Saskatchewan. De fait, la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest a été abolie dans les nouvelles frontières des Territoires au moment de la création de la province de la Saskatchewan (voir l'*Acte modificatif de l'Acte des territoires du Nord-Ouest*, 1905, S.C. 1905, chap. 27, art. 8).

Les tribunaux que le Parlement du Canada a ainsi créés en Saskatchewan dans le cadre de l'organisation de la nouvelle province étaient les institutions judiciaires des territoires du Nord-Ouest qu'il avait empruntées pour organiser la province de la Saskatchewan et qui, à titre temporaire ou transitoire, se voyaient attribuer compétence à l'intérieur de la province de la Saskatchewan. Peu importe les apparences extérieures superficielles sous lesquelles ont pu se présenter ces nouveaux tribunaux en Saskatchewan, il ne s'agissait pas de tribunaux des territoires du Nord-Ouest, mais de tribunaux nouvellement créés à l'intérieur de la province de la Saskatchewan mis en place par le Parlement du Canada en vertu de l'art. 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871* pour exercer dans ce ressort une fonction aux termes du par. 92(14). Toutes ces mesures constitutionnelles du Parlement du Canada permettent d'expliquer la loi adoptée par le Parlement et sanctionnée le même jour que la *Loi sur la Saskatchewan*, savoir

of the North-west Territories is hereby disestablished in the territories, but the Governor in Council may appoint such number of persons as stipendiary magistrates, from time to time, as may be deemed expedient, who shall have and exercise the powers, authorities and functions by the said Act vested in a judge of the said court . . .” This was housekeeping legislation undertaken under the constitutional authority of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, and/or s. 4 of the *Constitution Act, 1871*. These amendments were consequential upon the action undertaken by Parliament under s. 2 of the *Constitution Act, 1871* when it established provincial courts transitionally in the new province pending provincial action under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, either by the new Legislature of Saskatchewan established in s. 12 of the *Saskatchewan Act* or by its successor. At the same time Parliament ‘disestablished’ the last vestige of the Supreme Court of the North-West Territories whether it had been established under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* or s. 4 of the *Constitution Act, 1871*.

Section 16(1) recognizes the institutional characteristics of this action taken by Parliament, when the section includes express provision for the repeal or abolition by the province of the laws or the institutions of the North-West Territories, or by Parliament according to their respective legislative competences. Section 16(2) expressly authorizes the province to abolish the Supreme Court of the North-West Territories for all purposes:

16. (1) . . .

(2) The Legislature of the province may, for all purposes affecting or extending to the said province, abolish the Supreme Court of the North-west Territories . . .

This was done by the province in s. 3 of *The Judicature Act* of 1907:

l'Acte modificatif de l'Acte des territoires du Nord-Ouest, 1905. À l'article 8 de cette loi, le Parlement stipulait ceci: «La cour Suprême des territoires du Nord-Ouest est abolie dans les territoires du Nord-Ouest (*sic*), mais le Gouverneur en conseil peut, à toute époque, nommer magistrats stipendiaires tel nombre de personnes qu'il jugera à propos, lesquels auront et exerceront les pouvoirs, l'autorité et les fonctions par le dit acte conférés à un juge de la dite cour . . . » Il s'agissait là d'une mesure législative de régie interne adoptée en vertu du pouvoir constitutionnel conféré par l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou par l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871* ou par les deux à la fois. Ces modifications faisaient suite à la mesure que le Parlement avait adoptée en vertu de l'art. 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871* quand il a établi, de manière transitoire, des tribunaux provinciaux dans la nouvelle province en attendant que cette dernière agisse en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit que la nouvelle Assemblée législative de la Saskatchewan créée en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la Saskatchewan* ou son successeur prennent des mesures. Par la même occasion, le Parlement «abolissait» le dernier vestige de la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest qu'elle ait été créée en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871*.

Le paragraphe 16(1) reconnaît les caractéristiques institutionnelles de cette mesure prise par le Parlement, lorsqu'il prévoit expressément l'abrogation ou l'abolition des lois ou des institutions des territoires du Nord-Ouest par la province ou le Parlement, selon leurs compétences législatives respectives. Le paragraphe 16(2) autorise expressément à toutes fins la province à abolir la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest:

16. (1) . . .

(2) La législature de la province peut, pour ce qui est du domaine de la dite province, abolir la cour Suprême des territoires du Nord-Ouest . . .

C'est ce que la province a fait au moyen de l'art. 3 de *The Judicature Act* de 1907:

3. For all purposes affecting or extending to the province of Saskatchewan the supreme court of the North-West Territories and the offices both judicial and ministerial thereof as well as the jurisdiction, powers and authority belonging or extending to the said court are hereby abolished.

The legislature then proceeded to establish the Supreme Court of Saskatchewan:

4. There is hereby constituted and established in and for the province of Saskatchewan a superior court of record of original and appellat jurisdiction as well in civil as in criminal cases which court shall be called "The Supreme Court of Saskatchewan" and under such name shall constitute one supreme court of judicature for the province.

Whether the Supreme Court of the North-West Territories, and any other courts which may have existed in the Territories by reason of federal action, were established under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* or s. 4 of the *Constitution Act, 1871*, their character in constitutional law, after the enactment of s. 16(1) of the *Saskatchewan Act* by Parliament, is that of a provincial court established transitionally by Canada as an exercise of sovereign authority under s. 2 of the *Constitution Act, 1871* pending constitutional action by the province under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. Parliament, in establishing a new province under s. 2, is authorized to put in place at least such organization and institutions as may be necessary for the initial operations of the new provincial plenary entity. In so doing, Parliament may enact measures which ordinarily would be within the provincial sphere and which thereafter are subject to replacement or variation by the newly established provincial legislature. Section 6 of the *Constitution Act, 1871*, however, stipulates "... it shall not be competent for the Parliament of Canada to alter the provisions of ... any ... Act hereafter establishing new Provinces ...". In that interim any North-West Territories judicial institution now residing constitutionally within the new province is not a court established under either s. 101 or s. 4, nor does it have the constitutional characterization of such a court. It is for constitutional purposes a 'provincial court' put in place transitionally under s. 2 of the *Constitution Act, 1871*. This is recognized by the terms of s.

[TRADUCTION] 3. Pour ce qui est du domaine de la province de la Saskatchewan, la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest ainsi que ses fonctions judiciaires et ministérielles de même que sa compétence et ses pouvoirs sont abolis par la présente.

L'Assemblée législative a ensuite créé la Cour suprême de la Saskatchewan:

[TRADUCTION] 4. Aux termes de la présente loi, est constituée et créée dans la province de la Saskatchewan et pour celle-ci, une cour d'archives supérieure ayant compétence, en première instance et en appel, en matière civile et criminelle, appelée «Cour suprême de la Saskatchewan» qui, sous ce nom, constitue une cour de justice suprême pour la province.

Que la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest, et tous les autres tribunaux qui ont pu exister dans les Territoires du fait de l'action du fédéral, aient été créés en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, il s'agit en droit constitutionnel, après l'adoption du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* par le Parlement, de tribunaux provinciaux créés à titre transitoire par le Canada dans l'exercice de son pouvoir souverain en vertu de l'art. 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871* en attendant des mesures constitutionnelles de la province aux termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En créant une nouvelle province en vertu de l'art. 2, le Parlement est autorisé à mettre en place l'organisation et les institutions nécessaires au fonctionnement initial de la nouvelle entité provinciale à part entière. Ce faisant, le Parlement peut adopter des mesures qui relèveraient normalement de la sphère provinciale et qui sont par la suite susceptibles d'être remplacées ou modifiées par la législature provinciale nouvellement créée. L'article 6 de la *Loi constitutionnelle de 1871* prescrit cependant que «... le Parlement du Canada n'aura pas compétence pour changer les dispositions [...] d'aucun autre Acte établissant à l'avenir de nouvelles provinces ...». Dans l'intervalle, aucune institution judiciaire des territoires du Nord-Ouest se trouvant constitutionnellement dans la nouvelle province n'est un tribunal créé soit en vertu de l'art. 101 soit de l'art. 4, et il n'a pas non plus les caractéristiques d'un tel tribunal. D'un point de vue constitutionnel, il s'agit

16(2) of the *Saskatchewan Act* which authorizes the abolition of the Supreme Court of the North-West Territories by the new province and is reflected in the debates of the House of Commons at the time. It is only the status of the courts after the province has been established with which we are here concerned and not the status of the courts of the North-West Territories prior to the birth of the province of Saskatchewan. If section 133 is indeed found to apply to 'federally established courts' in the North-West Territories, and it is again observed that it is unnecessary to determine that issue in order to dispose of this appeal, that section in any case has no application to the province of Saskatchewan. Section 3 of the *Saskatchewan Act* supports this conclusion as it specifies that the "provisions of the British North America Acts, 1867 to 1886 [now the *Constitution Acts, 1867 to 1886*], shall apply to the province of Saskatchewan . . . except such provisions as are in terms made . . . specially applicable to or only to affect one or more and not the whole of the said provinces". Section 133 is such a provision and thus has no application to Saskatchewan institutions.

All this was understood and contemplated by the Prime Minister, Sir Wilfrid Laurier, in speaking in the House of Commons at the time of the passage of the *Saskatchewan Act* and the complementary *North-west Territories Amendment Act, 1905*:

It was because the courts of law were then, as they are to-day, under the jurisdiction of this parliament, and not under the jurisdiction of the territorial legislature; and therefore, according to the terms of section 133 . . .

The courts of the Northwest Territories were established under this Act [*Constitution Act, 1867*], and therefore the parliament of Canada had not the power to abolish the use of the French language in those courts. When those courts shall have become provincial, we shall no longer have jurisdiction over them, and therefore the legislature will have the right to deal with the language in the courts as well as in the legislature.

d'un «tribunal provincial» mis en place à titre transitoire en vertu de l'art. 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871*. C'est ce que reconnaît le par. 16(2) de la *Loi sur la Saskatchewan* qui autorise
 a l'abolition de la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest dans la nouvelle province et se reflète dans les débats de la Chambre des communes de l'époque. En l'espèce, seul le statut des tribunaux après la création de la province nous intéresse et
 b non celui des tribunaux des territoires du Nord-Ouest avant la naissance de la province de la Saskatchewan. Si on décide que l'art. 133 s'applique effectivement aux «tribunaux fédéraux» dans
 c les territoires du Nord-Ouest, et il convient de répéter qu'il n'est pas nécessaire de trancher cette question pour régler le présent pourvoi, cet article ne s'applique de toute façon pas à la province de la Saskatchewan. L'article 3 de la *Loi sur la Sas-*
 d *katchewan* appuie cette conclusion car il précise que les «dispositions des actes de l'Amérique du Nord britannique, de 1867 à 1886 [maintenant les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1886*], s'appliquent à la province de la Saskatchewan [...] à
 e l'exception de celles qui sont expressément applicables ou qui peuvent raisonnablement être interprétées comme spécialement applicables à une ou plusieurs et non à la totalité des dites provinces.»
 f L'article 133 tombe dans cette catégorie et n'est donc pas applicable aux institutions de la Saskatchewan.

Le Premier ministre, sir Wilfrid Laurier, avait compris et envisagé tout ceci, comme cela ressort des débats de la Chambre des communes au moment de l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan* et de la loi complémentaire, l'*Acte modificatif de l'Acte des territoires du Nord-Ouest, 1905*:

C'est parce que les tribunaux étaient alors comme ils le sont aujourd'hui, sous la juridiction du Parlement, et non sous celle de la législature territoriale; et par conséquent, en vertu des dispositions de l'article 133 . . .

i Les tribunaux du Nord-Ouest ont été établis en vertu de cet acte [la *Loi constitutionnelle de 1867*] et le Parlement du Canada n'avait pas le droit d'abolir l'usage du français dans ces tribunaux. Mais lorsque ces tribunaux seront devenus provinciaux, ils ne seront plus
 j sous notre juridiction et la législature aura le droit de décider de quelle langue on devra se servir devant les tribunaux ou devant la législature.

(*Debates of the House of Commons*, June 30, 1905, at p. 8579)

In an earlier statement by the Prime Minister then quoted by him to the House of Commons, he had stated (at p. 8580):

It is impossible to admit, for instance, that the institutions of the Northwest are permanent. On the contrary, they are exceptionally temporary; they deal with a state of things which is exceptional in itself; they were devised at a time when there was no population, and they must be modified from time to time as the necessities of the case require.

The Prime Minister then continued (at p. 8580):

Has anything been done in this constitution for the language of any minority in any province? Nothing at all. The fathers of confederation did not pretend to authorize the French language in any part of the Dominion except in this parliament and in the province of Quebec. Everywhere else the people were left free to deal with the matter as they thought fit.

Later in the same debate a member of the House of Commons, Mr. Brodeur, at p. 8608, stated:

Now that the Northwest Territories are about to become provinces they have to be dealt with as all the other provinces are. The organization of the courts falls entirely under their control and they have the right to declare what language shall be used in the courts, whether it shall be English or French.

It may be that s. 133 of the *Constitution Act, 1867* explains the proviso in s. 110 whereby the Legislative Assembly of the North-West Territories may only abrogate the use of French in its legislative proceedings and not the use of French before the courts. On the other hand, should Parliament have been acting pursuant to its s. 4 *Constitution Act, 1871* responsibilities in establishing courts and a legislature in the North-West Territories, the purpose of s. 110 at the time of its enactment as part of its s. 4 responsibilities is self-evident and of specific application to the North-West Territories' institutions. Section 110 was therefore either a precautionary recognition of s. 133 or a part of the federal administration of those territories lying outside any province under s. 4 of the *Constitution Act, 1871*. Therefore whether the constitutional base of the North-West Territo-

(*Débats de la Chambre des communes*, le 30 juin 1905, aux pp. 8783 et 8784).

Dans une de ses déclarations antérieures, qu'il a alors reprise devant la Chambre des communes, le Premier ministre a dit (à la p. 8784):

Par exemple, il est impossible d'admettre que les institutions du Nord-Ouest soient permanentes. Loin de là, elles sont de nature transitoire; elles s'appliquent à un état de choses qui est en lui-même exceptionnel. Elles ont été créées à une époque où il n'y avait pas de population, et elles doivent être modifiées de temps à autre, suivant les besoins du moment.

Le Premier ministre poursuit alors (à la p. 8785):

La constitution décrète-t-elle quoi que ce soit relativement à la langue d'une minorité dans aucune des provinces? Pas du tout. Les pères de la Confédération n'ont prétendu autoriser l'usage du français nulle part ailleurs [sauf dans ce parlement et dans la province de Québec], la population a été laissée libre de régler cette question à sa guise . . .

Plus tard durant les mêmes débats, M. Brodeur, un député a dit (à la p. 8815):

Aujourd'hui que nous sommes à la veille de transformer les Territoires en provinces la situation change. Il faut mettre ces provinces sur le même pied que les autres. L'organisation des tribunaux est entièrement de leur ressort et ces provinces ont le droit de déclarer quelle sera la langue dont on se servira dans les cours de justice, si ce sera l'anglais ou le français.

Il se peut que l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* explique la réserve de l'art. 110 aux termes de laquelle l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest peut abroger l'usage du français seulement dans ses délibérations et non devant les tribunaux. Par contre, si le Parlement avait pris des mesures en vertu des responsabilités conférées par l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871* en créant des tribunaux et une législature dans les territoires du Nord-Ouest, l'objectif de l'art. 110 au moment de son adoption en tant que partie de ses responsabilités en vertu de l'art. 4 est évident et s'applique précisément aux institutions des territoires du Nord-Ouest. L'article 110 constituait donc soit une reconnaissance, par mesure de précaution, de l'art. 133 soit une partie de l'administration fédérale de ces territoires à l'extérieur d'une province au sens de l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle*

ries courts be s. 101 or s. 4 the result from the operation of s. 16 of the *Saskatchewan Act* is precisely the same in determining the constitutional character of the courts by that section established in the province of Saskatchewan. As Sir Wilfrid Laurier stated, these laws relating to the North-West Territories were very temporary and particular in application to the Territories. Once these courts were no longer within the jurisdiction of Parliament, neither s. 133 nor any measures adopted pursuant to s. 4 had, by reason only of the powers granted Parliament under s. 4, any application in the province of Saskatchewan. These constitutional considerations together with the plain meaning of the words adopted by Parliament in s. 110 lead inexorably to the conclusion that Parliament never intended that s. 110 of *The North-West Territories Act* should apply to courts not within the federal jurisdiction.

It follows that if s. 110 was intended to apply only to the courts of the North-West Territories, as it is expressed to be, and to no successor courts, the provision in the same section with regard to the printing of laws in French was to apply only to the Legislative Assembly of the North-West Territories and not to any legislature outside the North-West Territories.

As Parliament did in the case of courts in s. 16, Parliament also did in ss. 12 to 15 of the *Saskatchewan Act*, with reference to the legislature of the new province. Parliament there established a legislature for the new province, the Legislative Assembly of Saskatchewan, and until the new legislature otherwise determined, the laws of the North-West Territories relating to the constitution and election of members of the new legislative assembly were by the *Saskatchewan Act* made applicable *mutatis mutandis* to the new provincial legislature.

In the words of s. 16(1) of the *Saskatchewan Act* these provisions are "a substitute" found in s. 16(1) itself, for the laws of the North-West Terri-

de 1871. Ainsi, que le fondement constitutionnel des tribunaux des territoires du Nord-Ouest se trouve à l'art. 101 ou à l'art. 4, le résultat de l'application de l'art. 16 de la Loi sur la Saskatchewan est précisément le même pour déterminer le caractère constitutionnel des tribunaux que cet article a créé dans la province de la Saskatchewan. Comme sir Wilfrid Laurier l'a déclaré, ces lois relatives aux territoires du Nord-Ouest étaient tout à fait temporaires et propres aux Territoires. Lorsque ces tribunaux ont cessé de relever de la compétence du Parlement, ni l'art. 133 ni les mesures adoptées en vertu de l'art. 4 ne pouvaient, en raison seulement des pouvoirs accordés au Parlement par l'art. 4, s'appliquer à la province de la Saskatchewan. Les considérations constitutionnelles ainsi que le sens ordinaire des mots adoptés par le Parlement à l'art. 110 amènent inexorablement à conclure que le Parlement n'avait jamais voulu que l'art. 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest s'applique aux tribunaux qui ne relèvent pas de la compétence fédérale.

Il s'ensuit également que, si l'art. 110 n'était destiné à s'appliquer qu'aux tribunaux des territoires du Nord-Ouest, comme il le dit expressément, et à aucun tribunal qui leur a succédé, les dispositions du même article relatives à l'impression des lois en français ne devaient s'appliquer qu'à l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest et à aucune autre assemblée législative à l'extérieur des territoires du Nord-Ouest.

Ce que le Parlement a fait dans le cas des tribunaux à l'art. 16, il l'a également fait aux art. 12 à 15 de la *Loi sur la Saskatchewan* en ce qui a trait à l'Assemblée législative de la nouvelle province. Dans ces articles, le Parlement a créé une législature pour la nouvelle province, savoir l'Assemblée législative de la Saskatchewan; la *Loi sur la Saskatchewan* prévoyait que jusqu'à ce que la législature en statue autrement, les lois des territoires du Nord-Ouest relatives à la constitution et à l'élection des membres de cette nouvelle Assemblée législative s'appliquaient, *mutatis mutandis*, à celle-ci.

Selon l'expression du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*, ces dispositions effectuent une «substitution», établie au par. 16(1) lui-même;

teries relating to the Legislative Assembly of the Territories otherwise eligible for incorporation into Saskatchewan. Consequently, the laws incorporated into the new province by s. 16(1) do not include the laws of the Territories dealing with the Legislative Assembly of the North-West Territories, including that part of s. 110 which relates to the Legislative Assembly.

Support for this interpretation of these statutes is found in s. 14 of the *Saskatchewan Act*, which provides that the laws of the North-West Territories relating to the "constitution" and the "election of members" of the North-West Territories Legislature shall apply to the Legislative Assembly of Saskatchewan. If all the laws of the North-West Territories, including s. 110, were carried forward into Saskatchewan by virtue of s. 16(1) of the *Saskatchewan Act*, then s. 14 of the same Act would be unnecessary.

This conclusion is supported by the decision of the full Court of Appeal of the North-West Territories, when sitting as the appellate court of the province of Saskatchewan after the proclamation of the *Saskatchewan Act*, in *Strachan v. Lamont* (1906), 4 W.L.R. 411. This case focussed on s. 16(1) and s. 14 of the *Saskatchewan Act*. The Court in *Strachan* considered whether s. 14 required the application of *The Controverted Elections Ordinance* of the Consolidated Ordinances of the North-West Territories, 1898, c. 4, to the recently created Saskatchewan legislature. The court also considered the relevance of s. 16 of the *Saskatchewan Act*. Wetmore J., concurring with the majority on that point, stated the following at p. 415:

I am of opinion that the provisions of sec. 16 of the Saskatchewan Act are not applicable to the matters under discussion. The laws, etc., referred to in that section are laws, etc., with respect to subject matters that are in existence; they do not refer to such a law as the Territories Controverted Elections Ordinance. That Ordinance has relation to a subject matter which has been wiped out by the Saskatchewan Act, namely, the Territorial Assembly. We must therefore have recourse to sec. 14 of the Act, and, if there is nothing in that section to make the Controverted Elections Ordinance in force as to the election of members to the Legislative

quant aux lois des territoires du Nord-Ouest relatives à l'Assemblée législative des Territoires qui pourrait autrement être introduite en Saskatchewan. Par conséquent, les lois introduites dans la nouvelle province par l'art. 16(1) ne comprennent pas les lois des Territoires relatives à leur Assemblée législative, y compris la partie de l'art. 110 qui se rapporte à cette dernière.

L'article 14 de la *Loi sur la Saskatchewan* vient appuyer cette interprétation de ces lois, car il prévoit que les lois des territoires du Nord-Ouest qui se rapportent à la «constitution» et à «l'élection des membres» de l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest s'appliquent à l'Assemblée législative de la Saskatchewan. Si toutes les lois des territoires du Nord-Ouest, y compris l'art. 110, avaient été introduites en Saskatchewan en vertu du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*, alors, l'art. 14 de ladite loi deviendrait inutile.

Cette conclusion est appuyée par l'arrêt *Strachan v. Lamont* (1906), 4 W.L.R. 411, que la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest, siégeant au complet, a rendu lorsqu'elle agissait à titre de cour d'appel de la province de la Saskatchewan après la proclamation de la *Loi sur la Saskatchewan*. Cet arrêt portait sur le par. 16(1) et l'art. 14 de la *Loi sur la Saskatchewan*. Dans l'arrêt *Strachan*, la cour a examiné la question de savoir si l'art. 14 prescrivait l'application de *The Controverted Elections Ordinance* de la codification des ordonnances des territoires du Nord-Ouest de 1898, chap. 4, à l'Assemblée législative de la Saskatchewan nouvellement créée. La cour a également examiné la pertinence de l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*. Le juge Wetmore, qui a souscrit à l'avis de la majorité, affirme à la p. 415:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que les dispositions de l'art. 16 de la Loi sur la Saskatchewan ne s'appliquent pas aux questions à l'étude. Les lois, etc., mentionnées dans cet article sont des lois, etc., relatives à des sujets qui existent; elles ne renvoient pas à une loi comme la Territories Controverted Elections Ordinance. Cette ordonnance se rapporte à un sujet qui a été effacé par la Loi sur la Saskatchewan, c'est-à-dire l'assemblée territoriale. Par conséquent nous devons recourir à l'art. 14 de la Loi et, si rien dans cet article ne permet d'appliquer la Controverted Elections Ordinance relativement à l'élection des membres de l'Assemblée législative, alors

Assembly, then there are no other provisions in the Act that will do so.

According to Wetmore J., the "subject matter" of *The Controverted Elections Ordinance*, that is, the Legislative Assembly of the North-West Territories, was "wiped out" by the *Saskatchewan Act* which established a new Saskatchewan Legislature. As a result, given that the laws incorporated into Saskatchewan pursuant to s. 16(1) refer only to laws "with respect to subject matters that are in existence", the ordinance in question could not be incorporated into Saskatchewan because its subject matter no longer existed.

Sifton C.J. agreed with this analysis of Wetmore J. (at pp. 412-13). The Chief Justice then stated that s. 16 could not operate to permit the application of any of these laws pertaining to the Assembly of the North-West Territories because "sec. 16 was not intended to cover any special legislation" (p. 413). In his view Parliament "explicitly declared" so by the operation of both ss. 14 and 16(3) (which continues the existence of all societies incorporated under the Assembly of the North-West Territories). Sifton C.J. held that if s. 16(1) was intended to have the effect of incorporating all "special legislation" of the North-West Territories into Saskatchewan, both ss. 14 and 16(3) would have been unnecessary. The Chief Justice concluded that the laws of the North-West Territories which established the institutions of that jurisdiction had no continuing application to the newly created institutions of the new and plenary jurisdiction of the province of Saskatchewan. All five of the judges were of this view by reason of s. 16(1).

In the result the case stands for the proposition that ordinances or laws of the North-West Territories specific to the institutions of the North-West Territories, a federal jurisdiction, have no further application to the new institutions established in the province of Saskatchewan. Their "subject matter" was eliminated by the creation of the new institutions. It follows therefore that laws specific to the Legislative Assembly of the North-West

aucune autre disposition de la Loi ne permettra de le faire.

Selon le juge Wetmore, le «sujet» sur lequel porte *The Controverted Elections Ordinance*, c'est-à-dire l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest, a été «effacé» par la *Loi sur la Saskatchewan* qui a créé une nouvelle Assemblée législative pour la Saskatchewan. Par conséquent, étant donné que les lois incorporées en Saskatchewan conformément au par. 16(1) ne se rapportent qu'aux lois «relatives à des sujets qui existent», l'ordonnance en question n'a pas pu être incorporée en Saskatchewan parce que le sujet sur lequel elle portait n'existait plus.

Le juge en chef Sifton a souscrit à cette analyse du juge Wetmore (aux pp. 412 et 413). Le juge en chef a alors dit que l'art. 16 ne pouvait permettre l'application d'aucune de ces lois relatives à l'Assemblée des territoires du Nord-Ouest parce que [TRADUCTION] «l'art. 16 n'était pas destiné à viser une mesure législative spéciale» (p. 413). À son avis, le Parlement l'a [TRADUCTION] «déclaré de manière explicite» par l'application des deux dispositions que sont l'art. 14 et le par. 16(3) (qui prévoit que toutes les sociétés constituées sous le régime de l'Assemblée des territoires du Nord-Ouest continuent d'exister). Le juge en chef Sifton a conclu que si on avait voulu que le par. 16(1) ait pour effet d'incorporer en Saskatchewan toutes les «mesures législatives spéciales» des territoires du Nord-Ouest, l'art. 14 et le par. 16(3) auraient été inutiles. Le juge en chef a conclu que les lois des territoires du Nord-Ouest qui ont créé les institutions de ce ressort ne continuaient pas de s'appliquer aux institutions nouvellement créées de ce ressort nouveau et complet qu'était la Saskatchewan. Tous les cinq juges ont partagé cet avis en raison du par. 16(1).

En définitive, l'arrêt permet d'affirmer que les ordonnances ou les lois des territoires du Nord-Ouest spécifiquement applicables aux institutions des territoires du Nord-Ouest, un ressort fédéral, ne s'appliquent plus aux nouvelles institutions créées dans la province de la Saskatchewan. Le «sujet» sur lequel elles portent a été éliminé par la création des nouvelles institutions. Il s'ensuit donc que les mesures législatives spécifiquement appli-

Territories, such as s. 110 which provides for language in the "Legislative Assembly of the Territories", ceased to apply to the new Saskatchewan Legislature that was established by s. 12 of the *Saskatchewan Act*. What was said in *Strachan*, *supra*, regarding the legislature applies with equal force to the courts established in s. 16(1).

The provinces of Saskatchewan and Alberta have presumably relied upon *Strachan* since 1906 and the interpretation of these statutes therein applied should only be set aside if it is clearly in error which in my view is far from the case. The decision of the Court of Appeal in *Strachan*, has, on the contrary, produced a reasonable result in all the circumstances surrounding the early days of the province. The interpretations placed upon the federal and provincial statutes relating to these events should not therefore be cast aside at this late date.

Section 16(1) itself included two exclusionary provisions with regard to the incorporation of legislation of the North-West Territories into the laws of the new province. Firstly, any laws inconsistent with the *Saskatchewan Act* or secondly, any laws as to which the *Saskatchewan Act* contains a provision as a substitute therefor, are not carried forward into the new province by s. 16(1). There is nothing in the *Saskatchewan Act* which addresses the use of language in the courts or the legislature of the province. Therefore the exclusive provincial legislative sovereignty under the Constitution remains untrammelled by any provisions of the *Saskatchewan Act*, and indeed it is specifically protected by s. 3 of the *Saskatchewan Act*. Section 110 of *The North-West Territories Act*, on the other hand, prescribes the use of language in the courts and the Legislative Assembly of the North-West Territories. The application of that provision would be a curtailment of the institutions created and the authority granted to the legislature of the new province by the *Saskatchewan Act* and accordingly s. 110 is in conflict and 'inconsistent' with that Act. In the same way, s. 110 and the regime thereby described finds a substitution for it

cables à l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest, tel l'art. 110 qui prescrit la langue à utiliser à l'«Assemblée législative des territoires», ont cessé de s'appliquer à la nouvelle Assemblée législative de la Saskatchewan, créée par l'art. 12 de la *Loi sur la Saskatchewan*. Ce que dit l'arrêt *Strachan*, précité, concernant l'Assemblée législative s'applique avec autant de force aux tribunaux créés au par. 16(1).

Les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta se sont vraisemblablement fondées depuis 1906 sur l'arrêt *Strachan* et l'interprétation donnée dans cet arrêt aux lois présentement en cause ne devrait être écartée que si elle est manifestement erronée, ce qui, selon moi, est loin d'être le cas. Au contraire, l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Strachan* a eu des conséquences raisonnables dans toutes les situations qui se sont présentées au tout début de l'existence de la province. Ce n'est donc plus le moment de rejeter les interprétations qu'ont reçues les lois fédérales et provinciales se rapportant à ces événements.

Le paragraphe 16(1) prévoit lui-même deux exceptions à l'incorporation des lois des territoires du Nord-Ouest dans le droit de la nouvelle province. En effet, ni les lois qui dérogent à la *Loi sur la Saskatchewan*, ni celles que viennent remplacer une disposition de la *Loi sur la Saskatchewan*, ne sont incorporées dans le droit de la nouvelle province en vertu du par. 16(1). Il n'y a rien dans la *Loi sur la Saskatchewan* qui porte sur la langue à utiliser devant les tribunaux ou à l'Assemblée législative de la province. Par conséquent, les dispositions de la *Loi sur la Saskatchewan* ne portent aucunement atteinte à la souveraineté législative que la Constitution confère à la province, laquelle est de fait précisément protégée par l'art. 3 de la *Loi sur la Saskatchewan*. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, par contre, prescrit les langues à utiliser devant les tribunaux et l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest. Comme l'application de cette disposition entraînerait un amoindrissement des institutions établies et du pouvoir accordé à la législature de la nouvelle province par la *Loi sur la Saskatchewan*, l'art. 110 s'oppose et «déroge» à cette loi. De la même façon, le par. 16(1) substitue à l'art. 110 et au régime qui

in s. 16(1) in the form of the courts thereby established without any reference to language use. Similarly ss. 12 to 15 inclusive established a new legislature without any associated language provision. These regimes are substituted for that prescribed for the North-West Territories prior to 1905 in s. 110.

Notwithstanding that none of the constitutional questions settled by this Court make any reference to s. 14 of the *Saskatchewan Act* as the conduit by which s. 110 is made a part of the laws of Saskatchewan, it may be argued that s. 110 of *The North-West Territories Act* could find its way into the laws of the province of Saskatchewan through s. 14. As has already been discussed, this section is a denial of the argument in favour of a broad, all-inclusive interpretation of s. 16(1) of the same Act as a device for the incorporation of any and all laws of the North-West Territories into the laws of the new province. This consideration underlies the reasoning in *Strachan, supra*. The much narrower issue raised by the invocation of s. 14 for these purposes is whether or not s. 110 is a "provision . . . of the law [presumably, the law of the North-West Territories] with regard to the constitution of the Legislative Assembly of the North-West Territories and the election of members thereof . . ." We are here concerned only with the first part of the provision relating to the "constitution" of the North-West Territories Legislature. Wetmore J. in *Strachan, supra*, at p. 415, decided that the term "constitution" did not include the North-West Territories *Controverted Elections Ordinance* in the laws applicable to the new provincial legislature.

Sifton C.J. approaches the question as to the effect of s. 14 *vis-à-vis* the laws of the province of Saskatchewan in this way (at p. 414):

Chapter 2 [of the Consolidated Ordinances of the North-West Territories, 1898] deals with the number of legislators, quorum, election of Speaker, rules for conduct, etc., and generally with the constitution of the Assembly, and is, by its tenor, plainly pointed out as

y est décrit des tribunaux ainsi établis sans mention de la langue d'usage. De même, les art. 12 à 15 créent une nouvelle législature sans disposition connexe sur la langue. Ces régimes remplacent ceux que l'art. 110 prescrivait pour les territoires du Nord-Ouest antérieurement à 1905.

Bien qu'aucune des questions constitutionnelles formulées par cette Cour ne mentionne que l'art. 14 de la *Loi sur la Saskatchewan* constitue le moyen d'incorporer l'art. 110 dans le droit de la Saskatchewan, il est possible de soutenir que l'art. 14 a permis d'incorporer l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* dans le droit de la province de la Saskatchewan. Comme on l'a déjà dit, cet article réfute l'argument en faveur du recours à une interprétation large et compréhensive du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* pour réaliser l'incorporation de l'une ou l'autre ou de toutes les lois des territoires du Nord-Ouest dans le droit de la nouvelle province. C'est cette considération qui sous-tend le raisonnement adopté dans l'arrêt *Strachan*, précité. Lorsqu'on invoque l'art. 14 à ces fins, la question de portée beaucoup plus restreinte qui se pose est de savoir si l'art. 110 est une «disposition [. . .] de la loi [vraisemblablement la loi des territoires du Nord-Ouest] relative [. . .] à la constitution de l'assemblée législative des territoires du Nord-Ouest et à l'élection des membres de cette assemblée . . .» Ce qui nous intéresse en l'espèce, c'est seulement la première partie de la disposition qui concerne la «constitution» de l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest. Dans l'arrêt *Strachan*, précité, à la p. 415, le juge Wetmore a décidé que l'emploi du terme «constitution» ne voulait pas dire que *The Controverted Elections Ordinance* des territoires du Nord-Ouest était comprise dans le droit applicable à la nouvelle législature provinciale.

Voici comment le juge en chef Sifton aborde la question de l'effet de l'art. 14 quant au droit de la province de la Saskatchewan (à la p. 414):

[TRADUCTION] Le chapitre 2 [de la codification des ordonnances des territoires du Nord-Ouest de 1898] traite du nombre de législateurs, du quorum, de l'élection du président, des règles de conduite, etc., et d'une manière générale, de la constitution de l'Assemblée, et il

being the law referred to in the first part of sec. 14, "with regard to the constitution," etc.

Chapter 2, mentioned by the Chief Justice, was enacted by the Legislative Assembly of the Territories in 1895. It is entitled *An Ordinance Respecting the Legislative Assembly of the Territories*. It deals with those matters referred to in the above quotation from the judgment of the Chief Justice except "rules for conduct". Unless the Chief Justice meant that the term "rules for conduct" referred to the taking of votes, procedure to be followed in the absence of the Speaker and the Deputy Speaker, and how vacancies arising in the membership of the Assembly are to be filled, it would appear that the "rules for conduct" are not dealt with in Chapter 2 at all. There is no reference in any of the provisions of the Ordinance or in the forms appended thereto to the use of any particular language in the sessions of the Assembly. If, as the Chief Justice says, s. 14 points to Chapter 2 of the Consolidated Ordinances of the North-West Territories, 1898, then the content of Chapter 2 supports the narrower interpretation placed upon "constitution" by the Saskatchewan court. The incorporation of this Ordinance into the laws of Saskatchewan would not, in my opinion, contribute anything to the submissions made by the appellant herein stipulating or authorizing the use of the French language in the proceedings of the Legislative Assembly.

Sifton C.J. continued (at p. 414):

It was strongly urged upon the argument of this case that the word "constitution" in sec. 14 had a much broader meaning than this, and should be taken to mean that all laws in any way affecting the Legislative Assembly or its constituent parts were intended, but the wording of sec. 14 itself shews, to my mind, conclusively, that no such meaning can properly be given to the word as there used . . .

Taking into account the laws of the Territories applicable to the Legislative Assembly and given the words employed by Parliament in s. 14, it is difficult to read into the word "constitution" of the Assembly any meaning other than "what constitutes the Assembly". Section 14 would not appear

ressort clairement de son contenu qu'il s'agit là d'une loi «relative [...] à la constitution», etc., dont parle la première partie de l'art. 14.

Le chapitre 2, mentionné par le juge en chef Sifton, fut adopté par l'Assemblée législative des Territoires en 1895. Il s'intitule *An Ordinance Respecting the Legislative Assembly of the Territories*. Il porte sur les points mentionnés dans l'extrait ci-dessus des motifs du Juge en chef, à l'exception des «règles de conduite». À moins que le Juge en chef n'ait voulu dire que l'expression «règles de conduite» désigne le vote, la procédure à suivre en l'absence du président et du vice-président, et la manière de combler les vacances dans l'Assemblée, le chapitre 2 ne semble pas traiter de tout des «règles de conduite». Ni les dispositions de cette ordonnance ni les formules y annexées ne font mention de l'usage d'une langue en particulier lors des séances de l'Assemblée. Si, comme l'affirme le Juge en chef, l'art. 14 renvoie au chapitre 2 de la codification des ordonnances des territoires du Nord-Ouest de 1898, alors le contenu de ce chapitre justifie l'interprétation plus restreinte qu'a donnée la cour de la Saskatchewan au mot «constitution». À mon avis, le fait que cette ordonnance soit incorporée dans les lois de la Saskatchewan n'apporterait rien aux arguments avancés par l'appelant en l'espèce relativement à l'existence de dispositions prévoyant ou autorisant l'usage du français dans les débats de l'Assemblée législative.

Le juge en chef Sifton poursuit (à la p. 414):

[TRADUCTION] On a soutenu énergiquement en cette cour que le mot «constitution» employé à l'art. 14 a un sens beaucoup plus large et qu'il devrait être considéré comme visant toute loi touchant de quelque manière que ce soit à l'Assemblée législative ou à ses composantes, mais le texte de l'art. 14 lui-même démontre d'une manière concluante, selon moi, qu'on ne saurait à bon droit prêter à ce mot un tel sens dans le contexte où il est utilisé . . .

Si on considère les lois des Territoires applicables à l'Assemblée législative et vu les termes employés par le Parlement à l'art. 14, il est difficile de donner au mot «constitution» de l'Assemblée un autre sens que celui de «ce qui constitue l'Assemblée». L'article 14 ne semblerait pas contri-

to make any contribution to the search for the establishment of language rights in the Saskatchewan courts.

It is perhaps equally telling that s. 110, dealing as it does with the use of language in the Legislative Assembly and the courts, is more properly classified as a procedural element. This would cause s. 110 to fall well short of a provision which might come within what could be called "the constitution of the Legislative Assembly". By any line of reasoning it is difficult, with all respect to those who may hold views to the contrary, to interpret s. 14 as somehow reaching out and pulling s. 110 of the federal *North-West Territories Act* into the laws of the province of Saskatchewan relating to the newly established legislature and judicial institutions of the new province.

The province of Saskatchewan, like all provinces, was granted the power to establish its own courts and provide for the administration of these courts under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, including any language rights in those courts. The exercise of this power by the province was specifically contemplated in s. 16(2) of the *Saskatchewan Act* which anticipated that the new province would abolish the Supreme Court of the North-West Territories. Section 110 of *The North-West Territories Act* cannot reasonably be read so as to have the effect of altering by inference this constitutional division of powers provided for in both the *Constitution Act, 1867* and the *Saskatchewan Act* from the very beginning of the province. Nor could it have such effect in law.

An enactment intended to have constitutional impact must clearly express such an intent. As was decided by this Court in *Jones v. Attorney General of New Brunswick, supra*, at p. 197, "in the absence of federal legislation competently dealing with the language of proceedings or matters before provincial Courts which fall within exclusive federal legislative authority", the province may "... legislate respecting the languages in which proceedings in Courts established by that Legislature

buer à la recherche de l'établissement de droits linguistiques devant les tribunaux de la Saskatchewan.

Il est peut-être tout aussi révélateur que, du fait que l'art. 110 traite des langues à employer à l'Assemblée législative et devant les tribunaux, il convient davantage de le classer comme une disposition en matière de procédure. Il s'en faudrait de beaucoup que l'art. 110 soit une disposition qui puisse relever de ce qu'on pourrait appeler «la constitution de l'assemblée législative». Quel que soit le raisonnement adopté, il est difficile, n'en déplaise aux tenants du point de vue contraire, d'interpréter l'art. 14 comme s'il allait de quelque manière chercher l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* fédéral pour le faire entrer dans les lois de la province de la Saskatchewan relatives à la législature et aux institutions judiciaires nouvellement créées dans la nouvelle province.

La province de la Saskatchewan, comme toutes les provinces, a obtenu le pouvoir de créer ses propres tribunaux et de pourvoir à leur administration aux termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, y compris les droits linguistiques devant ces tribunaux. L'exercice de ce pouvoir par la province a été envisagé expressément au par. 16(2) de la *Loi sur la Saskatchewan* qui prévoyait que la nouvelle province abolirait la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* ne peut être raisonnablement interprété de manière à avoir pour effet de modifier implicitement ce partage constitutionnel des pouvoirs prévu à la fois par la *Loi constitutionnelle de 1867* et par la *Loi sur la Saskatchewan* dès la naissance de la province. Du reste, il ne pourrait avoir un tel effet en droit.

Un texte législatif destiné à avoir un effet constitutionnel doit clairement exprimer une telle intention. Comme cette Cour l'a décidé dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, précité, à la p. 197, «en l'absence d'une législation fédérale qui traite valablement de la langue des procédures ou autres matières portées devant les tribunaux provinciaux et relevant de l'autorité législative exclusive du parlement fédéral», la province peut «... légiférer à l'égard des

might be conducted". Language in the Saskatchewan provincial courts with the exception of matters falling within exclusive federal jurisdiction is thus a matter to be determined by the province of Saskatchewan. It would be remarkable to see such an important matter left to inference and obscure reference. In the result, I conclude that s. 110 was not incorporated into the laws of the province of Saskatchewan and accordingly was not in effect at the time of the commencement of these proceedings in the Provincial Court of Saskatchewan.

This conclusion is sufficient to dispose of this appeal in my view. However, an alternative route to the same result is available even if the correct view of the law is that s. 110 was incorporated into the laws of the province of Saskatchewan by s. 16(1). Because this alternative was advanced and argued before this Court, it should be briefly examined.

B. *Alternatively, Section 110 Was Made Part of the Laws of Saskatchewan*

Even assuming s. 110 is part of the provincial laws, there are interpretative difficulties in the path of the appellant on this leg of the argument in applying it to the Legislature and the courts of Saskatchewan because of the language used by Parliament in s. 110 itself. The section given its plain meaning can apply only to the "Legislative Assembly of the Territories". The reference to the "courts" is equally clear. The failure of the federal legislature to repeat the obvious by inserting "of the Territories" after the word "courts" does not weaken the section as a clear expression of legislative intent to apply the regulation to the courts of the North-West Territories. Saskatchewan was not, at the time of the enactment of s. 110, in existence. Even if it had been it could hardly be urged that a statute entitled *The North-West Territories Act* could be taken to have been intended for the regulation of an additional jurisdiction.

langués dans lesquelles on peut conduire les procédures devant les tribunaux établis par cette législation». La question de la langue devant les tribunaux provinciaux de la Saskatchewan, à l'exception des matières relevant de la compétence fédérale exclusive, doit donc être réglée par la province de la Saskatchewan. Il serait remarquable de voir une question aussi importante laissée à des déductions et à d'obscures références. Je conclus que l'art. 110 n'a pas été incorporé dans le droit de la province de la Saskatchewan et que, par conséquent, il n'était pas en vigueur dans ladite province au moment où la présente instance a été introduite devant la Cour provinciale de la Saskatchewan.

Cette conclusion suffit, selon moi, pour trancher le pourvoi. Il existe toutefois une autre façon d'arriver au même résultat, même dans l'hypothèse où la bonne interprétation serait celle suivant laquelle le par. 16(1) a incorporé l'art. 110 dans le droit de la Saskatchewan. Étant donné que ce moyen subsidiaire a été invoqué et débattu en cette Cour, il convient de l'examiner brièvement.

B. *Moyen subsidiaire: l'article 110 a été incorporé dans le droit de la Saskatchewan*

Même en supposant que l'art. 110 fasse partie du droit de la province, ce volet de l'argument de l'appelant se heurte à des difficultés d'interprétation lorsqu'il s'agit de l'appliquer à l'Assemblée législative et aux tribunaux de la Saskatchewan, et ce, en raison des termes que le législateur a employés à l'art. 110 lui-même. Selon son sens manifeste, l'article ne peut s'appliquer qu'à l'«Assemblée législative des territoires». La mention des «cours de justice» est tout aussi claire. L'omission du législateur fédéral de répéter ce qui était évident en insérant après l'expression «cours de justice» les mots «des territoires» n'affaiblit nullement l'article en tant qu'expression non équivoque de l'intention du législateur d'appliquer cette disposition aux tribunaux des territoires du Nord-Ouest. Au moment de l'adoption de l'art. 110, la Saskatchewan n'existait pas. Et même si elle avait existé, on ne saurait guère prétendre qu'il était possible de considérer qu'une loi intitulée *Acte des territoires du Nord-Ouest* était destinée à régir un autre ressort.

As we have already seen, s. 110, if it came into Saskatchewan law at all, it did so instantaneously with the termination of the existence of the only two institutions to which s. 110 applies. Thus section 110 became spent as regards the legislature and the courts of Saskatchewan simultaneously with its introduction into Saskatchewan law. If section 110 were a part of Saskatchewan law at that time, it became nugatory, almost 75 years before these proceedings began. As discussed below, s. 110 was repealed by Parliament in 1907 (S.C. 1907, c. 43) and was never reenacted with reference to the Territories nor effective within the new province by any reenactment by Parliament (*Constitution Act, 1871*, s. 6). Indeed the Legislative Assembly of the Territories was either abolished or eclipsed by powers granted in s. 6 of *The North-West Territories Amendment Act, 1905* where it was provided:

6. The Commissioner in Council shall have the same powers to make ordinances for the government of the Territories as are by the said Act vested in the Legislative Assembly of the territories in relation to such subjects heretofore within the legislative authority of the said Assembly as are from time to time designated by the Governor in Council.

The legislative records of the North-West Territories do not reveal that the Legislative Assembly functioned thereafter. The next recorded ordinances were enacted by the Commissioner in Council commencing in 1922 (see the *Ordinances of the Northwest Territories, 1905-1930*). A practical difficulty arose with reference to any continuation of the North-West Territories Legislative Assembly. Its constituencies, 35 in all, were substantially replaced by the 50 constituencies created in the Saskatchewan and Alberta Acts in 1905. There may have been some surviving constituencies not reassigned or redesigned in 1905 with reference to that part of the province of Manitoba carved out of the North-West Territories in 1912 whereby the small rectangular province of Manitoba was expanded so as to have the same northern boundary as the provinces of Saskatchewan and Alberta. (See *The Manitoba Boundaries Extension Act, 1912*, S.C. 1912, c.

Comme nous l'avons déjà vu, si l'art. 110 a vraiment été incorporé dans le droit de la Saskatchewan, cela s'est produit instantanément lorsque les deux institutions visées par l'art. 110 ont cessé d'exister. Ainsi, l'art. 110 est devenu inopérant à l'égard de la législature et des tribunaux de la Saskatchewan, au moment même de son incorporation dans le droit de cette province. S'il faisait alors partie du droit de la Saskatchewan, il est devenu lettre morte presque 75 ans avant que ne soient engagées les présentes procédures. Comme on le dit ci-dessous, l'art. 110 a été abrogé par le Parlement en 1907 (S.C. 1907, chap. 43) et n'a jamais été adopté de nouveau en ce qui concerne les Territoires et n'est pas entré en vigueur dans la nouvelle province par réadoption du Parlement (*Loi constitutionnelle de 1871*, art. 6). De fait, l'Assemblée législative des Territoires a été soit abolie soit éteinte par les pouvoirs conférés par l'art. 6 de l'*Acte modificatif de l'Acte des territoires du Nord-Ouest, 1905*, qui prescrivait:

6. Sur les sujets qu'à toute époque désignera le Gouverneur en conseil parmi ceux qui étaient ci-devant du domaine de l'assemblée législative des territoires du Nord-Ouest, le Commissaire en conseil aura, pour rendre des ordonnances en vue du gouvernement des territoires du Nord-Ouest, les mêmes pouvoirs que le dit acte attribue à la dite assemblée.

Les documents législatifs des territoires du Nord-Ouest n'indiquent pas si l'Assemblée législative a fonctionné par la suite. Les ordonnances suivantes consignées ont été adoptées par le Commissaire en conseil à partir de 1922 (voir les *Ordinances of the Northwest Territories, 1905-1930*). Il existait une difficulté pratique pour ce qui est de la continuation de l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest. Ces circonscriptions, 35 en tout, ont été essentiellement remplacées par les 50 circonscriptions créées par les lois de la Saskatchewan et de l'Alberta en 1905. Il a pu rester des circonscriptions qui n'avaient pas été réaffectées ni retracées en 1905 pour la partie de la province du Manitoba provenant des territoires du Nord-Ouest en 1912 lorsque le petit rectangle de la province du Manitoba a été étendu de façon à avoir la même frontière nord que les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta. (Voir la *Loi de l'extension des frontières du Manitoba, 1912*, S.C. 1912, chap.

32.) By that time there may have been no surviving constituencies for the election of any members of the Legislative Assembly of the North-West Territories. Thus for all practical purposes, even if it had been reenacted with reference to the Territories, s. 110 would have been without function or application.

In summary, even if the incorporation of s. 110 resulted from s. 16(1) of the *Saskatchewan Act*, its provisions cannot reasonably be interpreted as an intention by Parliament to alter the basic provincial constitutional jurisdiction in this area. The province of Saskatchewan acquired the power to establish its institutions when it was created. It subsequently exercised this power when it established its own courts and completed the organization of its legislature in 1906 after the establishment of the legislature by Parliament.

We are left in the case of the Legislative Assembly with only the question of the proper application of the rules of statutory interpretation to s. 110 and to the applicable provisions of the *Saskatchewan Act* and the domestic legislation by the Legislature of Saskatchewan. As already discussed, the Saskatchewan Legislature in 1906 established the Saskatchewan Legislative Assembly (S.S. 1906, c. 4). This is a new legislature, a successor to that established in ss. 12 *et seq.* of the *Saskatchewan Act*. The 1906 province of Saskatchewan statute is a self-contained enactment fully providing for the establishment and operation of the provincial Legislature. Upon a proper application of the canons of construction of public statutes it is clear, in my respectful view, that even if s. 110 be found to have been incorporated into the laws of Saskatchewan it has no application to the proceedings in the new Legislature or the new courts of Saskatchewan. Accordingly, the appellant was not entitled to call upon the Clerk of the Legislative Assembly to produce the five statutes in question in the French language, or to call upon the court to conduct the trial of the charge under the provincial statute in the French language.

32.) À ce moment-là, il ne restait peut-être aucune circonscription pour l'élection des membres de l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest. Donc à toutes fins pratiques, même s'il avait été adopté de nouveau pour les Territoires, l'art. 110 aurait été sans fonction ni application.

En résumé, même si l'incorporation de l'art. 110 découlait du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*, on ne saurait raisonnablement interpréter ses dispositions comme traduisant une intention du Parlement de modifier la compétence constitutionnelle fondamentale de la province dans ce domaine. La province de la Saskatchewan a acquis, au moment de sa création, le pouvoir d'établir ses propres institutions. Elle a par la suite exercé ce pouvoir lorsqu'elle a établi ses propres tribunaux et quand elle a complété l'organisation de son Assemblée législative en 1906 à la suite de la création de celle-ci par le Parlement fédéral.

Dans le cas de l'Assemblée législative, il ne reste donc que la question de la façon dont les règles d'interprétation des lois doivent être appliquées à l'art. 110, aux dispositions pertinentes de la *Loi sur la Saskatchewan* et aux lois internes adoptées par la législature de la Saskatchewan. Comme on l'a déjà dit, la législature de la Saskatchewan en 1906 a créé l'Assemblée législative de la Saskatchewan (S.S. 1906, chap. 4). C'est une nouvelle législature qui a succédé à celle établie par l'art. 12 *et suiv.* de la *Loi sur la Saskatchewan*. La loi de 1906 adoptée par la province de la Saskatchewan est un texte autonome assurant en totalité la création et le fonctionnement de la législature provinciale. Si l'on applique correctement les principes d'interprétation du droit public, il est évident, à mon avis, que même si on concluait que l'art. 110 a été incorporé dans le droit de la Saskatchewan, il ne s'applique ni aux débats de la nouvelle Assemblée législative ni aux procédures devant les nouveaux tribunaux de cette province. Par conséquent, l'appellant n'avait pas le droit de demander au greffier de l'Assemblée législative de produire en langue française les cinq lois en cause, ni de demander à la cour le déroulement en français du procès relatif à l'accusation portée en vertu de la loi provinciale.

Support for this conclusion can be found in the decision of Greschuk J. in *R. v. Lefebvre* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 65 (Q.B.), recently upheld by the Alberta Court of Appeal in (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124. Greschuk J. at trial concluded at pp. 79-80:

In my opinion, once the province abolished or replaced the courts of the Territories and established or constituted its own provincial courts, s. 110 became inapplicable to the new provincial courts. The relevant portion of s. 110 states:

“Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Legislative Assembly of the Territories and in the proceedings before the courts; and both those languages shall be used in the records and journals of such Assembly; and all ordinances made under this Act shall be printed in both those languages . . .” I submit that the drafter of that section could have added the words “of the Territories” after the words “in proceedings before the Courts”, but these words would have been redundant. However, there can be no doubt also that Parliament by necessary intendment or by reasonable inference or implication meant that either the English or the French language may be used in proceedings before the courts “of the Territories”. Section 110 therefore could only refer to the courts of the Territories. And so it follows that, since the courts of the Territories were continued in the province, and these courts were abolished or replaced by new provincial courts by such Acts as the Supreme Court Act, 1907; the District Courts Act; the Police Magistrates and Justices of the Peace Act, 1906 and the Provincial Court Act in 1971, s. 110 of the North-West Territories Act is no longer in force or effect in Alberta. Section 110 could no longer be applicable to the new provincial courts as provincial courts were no longer courts of the Territories.

The judgment of Prowse J.A. for the majority of the Alberta Court of Appeal affirms the finding of Greschuk J. (at p. 131):

The life of s. 110 depended upon the continuance of the courts of the North-West Territories. When the transition period in relation to the courts of the North-West Territories came to an end with the enactments by the province setting up its own courts, s. 110 ceased to have any application in the province.

La décision rendue par le juge Greschuk dans l'affaire *R. v. Lefebvre* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 65 (B.R.), récemment confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta (1986), 48 Alta. L.R. (2d) 124, appuie cette conclusion. Le juge Greschuk conclut, aux pp. 79 et 80:

[TRADUCTION] À mon avis, lorsque la province a aboli ou remplacé les tribunaux des Territoires et a créé ou constitué ses propres tribunaux provinciaux, l'art. 110 a cessé de s'appliquer aux nouveaux tribunaux provinciaux. Voici la partie pertinente de l'art. 110:

«Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice; et ces deux langues seront employées pour la rédaction des procès-verbaux et journaux de l'Assemblée; et toutes les ordonnances rendues sous l'empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues . . .» À mon avis, le rédacteur de cet article aurait pu ajouter les termes «des territoires» après l'expression «dans les procédures devant les cours de justice», mais ces termes auraient été redondants. Toutefois, il n'y a de plus aucun doute que le Parlement, de par le sens véritable du texte ou par déduction raisonnable, a voulu dire que la langue française ou la langue anglaise pouvaient être utilisées dans les procédures devant les tribunaux «des territoires». Par conséquent, l'art. 110 ne pouvait viser que les tribunaux des Territoires. Il en découle donc que, puisque les tribunaux des Territoires ont été maintenus dans la province, pour être ensuite abolis ou remplacés par de nouveaux tribunaux provinciaux par des lois comme la Supreme Court Act, 1907, la District Courts Act, la Police Magistrates and Justices of the Peace Act, 1906, et la Provincial Court Act en 1971, l'art. 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest ne s'applique plus en Alberta. L'article 110 ne pouvait plus désormais s'appliquer aux nouveaux tribunaux provinciaux, étant donné que les tribunaux provinciaux n'étaient plus des tribunaux des Territoires.

Le jugement du juge Prowse, rendu au nom des juges formant la majorité de la Cour d'appel de l'Alberta, confirme la conclusion du juge Greschuk (à la p. 131):

[TRADUCTION] L'application de l'art. 110 dépendait du maintien des tribunaux des territoires du Nord-Ouest. Lorsque la période de transition relative aux tribunaux des territoires du Nord-Ouest s'est terminée avec l'adoption par la province de mesures législatives établissant ses propres tribunaux, l'art. 110 a cessé de s'appliquer dans la province.

With the passing of the Acts setting up "the Alberta courts", the province occupied its field of power in relation to courts . . . Section 110 was not enacted for the purpose of extending language rights into the Alberta courts after the courts of the North-West Territories ceased to have any jurisdiction in the province upon being superseded by the Supreme Court of Alberta.

Neither the trial judge nor the Court of Appeal found the courts of the North-West Territories, as continued by the *Alberta Act* in the province of Alberta, thereby ceased to be 'courts of Canada' so as to become 'Alberta courts'. Both of the lower courts found that s. 110 was carried into the laws of Alberta and continued to apply to the North-West Territory courts temporarily continued in the province by the *Alberta Act* until the Alberta statutes established the Alberta courts which then displaced the North-West Territory courts and s. 110. At that stage s. 110 ceased to operate as a part of Alberta laws. With respect, I find the characterization in law of the North-West Territories courts put in place in Saskatchewan and Alberta by Parliament pursuant to s. 2 of the *Constitution Act, 1871*, to be courts of Saskatchewan and Alberta under the *Constitution Act, 1867*. As a practical matter, the same result is reached by either approach within a year and a half of the formation of the two provinces. Belzil J.A., in dissent, alone expressed the contrary view which has not been followed in any of the courts in Alberta or Saskatchewan at least with reference to civil jurisdiction and jurisdiction with respect to provincial offences.

By either line of reasoning the effect of s. 110 in law after the adoption of the *Saskatchewan Act* is the same. It is clear that the new legislature of the province has sole plenary power under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* to establish its legislature as it may wish (subject to limitations not here relevant) and to specify the language or languages to be employed in its proceedings. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* likewise authorizes

Avec l'adoption des lois établissant «les tribunaux de l'Alberta», la province a occupé son champ de compétence relativement aux tribunaux . . . L'article 110 n'a pas été adopté dans le but d'étendre les droits linguistiques aux tribunaux de l'Alberta après que les tribunaux des territoires du Nord-Ouest eurent cessé d'avoir compétence dans la province suite à leur remplacement par la Cour suprême de l'Alberta.

Ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont conclu que les tribunaux des territoires du Nord-Ouest, maintenus par la *Loi sur l'Alberta* dans la province de l'Alberta, ont cessé d'être des «tribunaux du Canada» pour devenir des «tribunaux de l'Alberta». L'un et l'autre tribunal d'instance inférieure a jugé que l'art. 110 avait été incorporé dans le droit de l'Alberta et qu'il continuait à s'appliquer aux tribunaux des territoires du Nord-Ouest dont la *Loi sur l'Alberta* a maintenu temporairement l'existence dans la province de l'Alberta jusqu'à ce que les lois de cette dernière établissent les tribunaux de l'Alberta qui ont alors remplacé ceux des territoires du Nord-Ouest, rendant par le fait même l'art. 110 inopérant. Cet article ne faisait dès lors plus partie des lois de l'Alberta. Avec égards, je conclus que, sur le plan juridique, les tribunaux des territoires du Nord-Ouest instaurés en Saskatchewan et en Alberta par le Parlement en vertu de l'art. 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, constituaient, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* des tribunaux de la Saskatchewan et de l'Alberta. D'un point de vue pratique, quel que soit le point de vue adopté, le même résultat est atteint moins d'un an et demi après la création des deux provinces. Le juge Belzil, dissident en Cour d'appel, a été seul à exprimer l'opinion contraire qui n'a été suivie par aucun tribunal albertain ou saskatchewanais, du moins relativement à la compétence en matière civile et en matière d'infractions provinciales.

Quel que soit le raisonnement suivi, l'effet juridique de l'art. 110 à la suite de l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan* est le même. Il est évident que la nouvelle Assemblée législative de la province détient, en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir absolu et exclusif de s'organiser de la manière qu'elle juge opportune (sous réserve de certaines restrictions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce) et de

the new provincial legislature to establish its own courts as it did and to specify the language to be employed therein, again subject to exceptions not here relevant.

In the result, even if s. 110 is found to have been incorporated into the laws of the province by way of s. 16(1), the terms of s. 110 have long before the commencement of these proceedings become spent and inapplicable to any existing provincial institution, legislative or judicial.

VII. Factual Circumstances Surrounding the Establishment of the Province of Saskatchewan

Since writing these reasons for judgment I have had the opportunity of reading those of my colleague, La Forest J., who makes reference to historical material. The record before the Court does not include these historical opinions and comments. The courts, and particularly those at the second level of appeal, are neither qualified nor authorized to conduct a trial of historical issues. Texts and essays on local history do not always agree. Some will be factual, some speculative and even designedly controversial. There is rarely unanimity. Migratory history and demographic material concerning these frontier times are in my view, even if properly admissible at this stage, seldom precise. Without the admission of this material through the conventional processes of justice the reliability of such material is not demonstrated. Accordingly, I seek to confine my reasons to the record and to government census statistics and *Hansard* as introduced or adverted to by counsel for the several parties.

Legislative history, on the other hand, is of interest to courts in these circumstances although it may not by itself be determinative of the inter-

spécifier la langue ou les langues devant être employées dans ses débats. De même, le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise la nouvelle Assemblée législative provinciale à constituer ses propres tribunaux comme elle l'a fait et à préciser la langue devant y être utilisée, sous réserve encore une fois d'exceptions qui sont sans intérêt ici.

En définitive, même si l'on conclut que l'art. 110 a été incorporé dans le droit de la province au moyen du par. 16(1), il reste que les termes de l'art. 110 sont devenus sans effet et ont cessé de s'appliquer à toute institution provinciale existante, qu'elle soit de nature législative ou judiciaire, bien avant le début de la présente instance.

VII. Les circonstances factuelles ayant entouré la création de la province de la Saskatchewan

Depuis que j'ai rédigé les présents motifs de jugement, j'ai eu l'occasion de prendre connaissance de ceux de mon collègue le juge La Forest qui fait référence à des sources historiques. On ne trouve pas ces opinions et commentaires historiques dans le dossier dont la Cour est saisie. Les tribunaux, particulièrement ceux du deuxième degré de juridiction d'appel, ne sont pas autorisés à juger des questions historiques et ils n'ont pas les compétences requises pour le faire. Les textes et les ouvrages qui traitent d'histoire locale se contredisent parfois. Certains se limitent aux faits, d'autres formulent des hypothèses et prêtent même délibérément à la controverse. Il y a rarement unanimité. Même si elles peuvent être admises à bon droit à ce stade des procédures, il reste que l'histoire des migrations et la documentation démographique concernant cette époque de pionniers sont, à mon avis, rarement précises. Sans l'admission de cette documentation par les voies de droit conventionnelles, sa fiabilité n'est pas démontrée. Par conséquent, je vais limiter mes motifs au dossier, aux statistiques gouvernementales fournies par les recensements et au *hansard*, qui ont été produits ou invoqués par les avocats des différentes parties.

L'historique législatif, d'autre part, intéresse les tribunaux dans ces circonstances bien qu'il ne soit peut-être pas déterminant en soit quant aux ques-

pretative issues. (See generally Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 342-44, on the use of legislative history.) Because the parties before this Court argued the legislative history at length, it may not be inappropriate to comment upon it. Indeed it clearly supports the conclusion I have reached in this appeal. The creation of the provinces of Alberta and Saskatchewan by Parliament gave rise to debates in the House of Commons on the issue of language rights in the new provinces. A motion calling for the acceptance of French as an official language in the new provinces was introduced. This motion would have reproduced s. 110 in the body of the *Saskatchewan Act* itself which would have had the effect of placing these language guarantees beyond the competence of the province to affect or alter. This may have placed the new provinces in exactly the same situation as Manitoba, which is subject to certain language guarantees by virtue of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and the *Constitution Act, 1871* (see *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032, and *Reference re Manitoba Language Rights, supra*).

The parties before this Court presented various excerpts from *Hansard, Debates of the House of Commons*. In the debates in the House of Commons on June 30, 1905, Sir Wilfrid Laurier strongly opposed this amendment which "would crystallize the use of the French language in the Provinces . . ." The language question in the new provinces was a "subject to be dealt with by them [the provinces] as they may see fit in the best interests of the public" (pp. 8571-72). Sir Wilfrid Laurier noted that the historic compromise or "compact" that gave rise to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* does not apply to Saskatchewan or Alberta (p. 8576). Sir Wilfrid Laurier's government thus defeated the motion of F. W. Monk and there was no provision placed in the *Alberta Act* or the *Saskatchewan Act* which addressed the issue of language. It was clearly contemplated that the

tions d'interprétation qui sont soulevées. (Voir, en général, Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), aux pp. 342 à 344, sur le recours à l'historique législatif.) Étant donné que les parties devant la Cour ont discuté longuement de l'historique législatif, il n'est peut-être pas déplacé d'en traiter. D'ailleurs, il appuie clairement la conclusion à laquelle j'arrive dans le présent pourvoi. La création des provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan par le Parlement a suscité, à la Chambre des communes, un débat sur la question des droits linguistiques dans les nouvelles provinces. Une motion visant à faire accepter le français comme langue officielle dans les nouvelles provinces a été déposée. Cette motion aurait reproduit l'art. 110 dans la *Loi sur la Saskatchewan* elle-même, ce qui aurait eu pour effet d'enlever à la province le pouvoir de modifier ces garanties linguistiques ou d'y porter atteinte. Cela aurait pu placer les nouvelles provinces exactement dans la même situation que le Manitoba qui est assujéti à certaines garanties linguistiques en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de la *Loi constitutionnelle de 1871* (voir *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032, et *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité).

Les parties devant cette Cour ont cité divers extraits du *hansard* qui est, le compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes. Au cours des débats à la Chambre des communes, le 30 juin 1905, sir Wilfrid Laurier s'est vivement opposé à cette modification qui «aurait pour effet d'imposer irrévocablement dans les nouvelles provinces l'usage de la langue française . . .» Quant à la question linguistique dans les nouvelles provinces, celles-ci étaient laissées «libre[s] de régler cette question comme elles l'entendront dans l'intérêt de leurs populations respectives» (pp. 8775 et 8776). Sir Wilfrid Laurier a souligné que le compromis ou «pacte» historique qui est à l'origine de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne s'applique ni à la Saskatchewan ni à l'Alberta (p. 8780). Le gouvernement de sir Wilfrid Laurier a donc repoussé la motion de F. W. Monk et aucune disposition relative à la question linguistique n'a été introduite dans la *Loi sur l'Alberta* ni dans la *Loi sur la Saskatchewan*. De toute évidence, il

new provinces would be free to address this issue as they saw fit.

While it may not be of controlling influence, it certainly is supportive of the foregoing line of reasoning that the interpretation applied to the statutes here relevant appears to accord with the demographic facts of the province both at the time of its formation in 1905 and continuing down to this day. In sections 18 and 20 of the *Saskatchewan Act*, Parliament estimated the population of the province at the time of its establishment in 1905 at 250,000. According to the decennial census taken throughout this period, a huge wave of settlement took place in Saskatchewan or the territory which became the province of Saskatchewan between 1901 and 1911.

	<u>Population</u>	
	<u>1901</u>	<u>1911</u>
Province of Saskatchewan	91,279	492,432

(Census of Canada 1911, Statistics Canada)

Census information for the two years 1901 and 1911 reveals that persons claiming a French 'origin' represented in the years 1901, 2,634 persons (2.9 percent) and 1911, 23,251 persons (4.7 percent) of the total population. (See *Canada Year Book 1912*, at p. 25.) To place the population development in perspective, the *Canada Year Book 1988*, at pp. 2-20, reports the total population of the province in 1986 at 1,009,610 people of which, now using the classification of "mother tongue", 20,725 persons (2.1 percent), were classified as French. The basis for these population figures in the years 1901, 1911 and 1986 do not reveal precisely the makeup of the population on the basis of first language or language competence. These figures at the most form an approximate picture of the demographic background of the population of the region at the times shown. At the most it provides a source against which the legislative history of the area can be better understood.

était prévu que les nouvelles provinces seraient libres d'aborder cette question au moment qu'elles jugeraient approprié.

Sans lui attribuer une influence décisive, le fait que l'interprétation donnée ici aux lois pertinentes semble concorder avec les données démographiques de la province, tant à l'époque de sa constitution, en 1905, qu'aujourd'hui, est certainement de nature à étayer le raisonnement qui précède. Aux articles 18 et 20 de la *Loi sur la Saskatchewan*, le Parlement a estimé que la population de la province, à l'époque de sa constitution, était de 250 000 habitants. Les recensements décennaux effectués pendant cette période démontrent qu'entre 1901 et 1911, une énorme vague de colonisation a déferlé sur la Saskatchewan ou sur le territoire qui allait devenir la province de la Saskatchewan:

	<u>Population</u>	
	<u>1901</u>	<u>1911</u>
Province de la Saskatchewan	91 279	492 432

(Recensement du Canada de 1911, Statistique Canada)

Les données fournies par le recensement relativement aux années 1901 et 1911 indiquent que les individus se réclamant «d'origine» française représentaient 2 634 personnes en 1901 et 23 251 personnes en 1911, soit 2,9 et 4,7 pour 100 de la population totale, respectivement. (Voir *Annuaire du Canada 1912*, à la p. 25.) Pour situer la croissance de la population dans son contexte actuel, précisons que l'*Annuaire du Canada 1988*, à la p. 2-22, fait état d'une population totale pour la province, en 1986, de 1 009 610 personnes dont, selon la classification fondée sur la «langue maternelle», 20 725 personnes (2,1 pour 100) ont été classées comme étant de langue française. La base de compilation de ces données, pour les années 1901, 1911 et 1986, n'indique pas précisément la composition de la population en fonction de la première langue parlée ou de l'aptitude linguistique. Ces chiffres, au mieux, donnent une idée approximative du contexte démographique de la région aux époques indiquées. Au mieux, ils constituent une source permettant de mieux comprendre l'historique législatif de la région.

The above population changes shed some light on the action taken by the several legislative bodies concerned in adding the proviso to s. 110 in 1891, in omitting from the *Saskatchewan Act* anything of the nature of s. 23 in the *Manitoba Act, 1870*,^a and in omitting any reference to language rights in *The Judicature Act* of 1907, and the other court statutes of Saskatchewan.

VIII. Repeal of s. 110 by Parliament

Some parties presented a submission to this Court to the effect that the repeal of s. 110 of *The North-West Territories Act* in January 1907 (S.C. 1907, c. 43) by Parliament somehow settled the issue of the applicability of s. 110 in the laws of the new province. In my view this action by Parliament and the purported re-enactment of s. 110 in April 1907 (S.C. 1907, c. 44) adds nothing to the settlement of the issue raised in this appeal concerning the application of s. 110 to the institutions of Saskatchewan. If section 110 was in law incorporated by the *Saskatchewan Act* into the laws of Saskatchewan, its subsequent repeal by the Parliament of Canada would not operate so as to remove s. 110 from the body of laws of Saskatchewan. If Parliament has indeed reinstated s. 110 as to its application in the province of Saskatchewan, such federal legislation would have no effect on Saskatchewan. This may be the explanation for the fact that s. 110 never reappeared in the Statutes of Canada or the Revised Statutes of Canada after the proclamation of c. 43 of the 1907 Statutes of Canada. The issue of the survival of s. 110 in the laws of the province of Saskatchewan remains untouched by all this parliamentary activity.

IX. Conclusion

By reason of the form of this litigation as finally evolved, and in the absence of a cross-appeal, the conventional dispositions of allowing or dismissing the appeal are inappropriate. In any case, a new trial is out of the question, there being no accused surviving. I therefore believe the appropriate and adequate disposition of these proceedings is a

Les changements de population précités nous éclairent quelque peu sur l'attitude que les différents corps législatifs concernés ont adoptée en ajoutant la réserve à l'art. 110 en 1891, en omettant d'insérer dans la *Loi sur la Saskatchewan* une disposition qui tienne de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et en s'abstenant de mentionner des droits linguistiques dans *The Judicature Act* de 1907 et dans les autres lois de la Saskatchewan relatives aux tribunaux.^b

VIII. Abrogation de l'art. 110 par le Parlement

Certaines parties ont fait valoir en cette Cour que l'abrogation de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* en janvier 1907 (S.C. 1907, chap. 43) par le Parlement a en quelque sorte réglé la question de l'applicabilité de l'art. 110 dans le droit de la nouvelle province. À mon avis, cette mesure du Parlement de même que la prétendue nouvelle adoption de l'art. 110 en avril 1907 (S.C. 1907, chap. 44), ne contribuent en rien au règlement de la question soulevée en l'espèce concernant l'application de l'art. 110 aux institutions de la Saskatchewan. Si l'article 110 était, sur le plan juridique, incorporé par la *Loi sur la Saskatchewan* au droit de cette province, son abrogation subséquente par le Parlement du Canada n'aurait pas pour effet de le supprimer du droit de la Saskatchewan. Si le Parlement avait effectivement rétabli l'application de l'art. 110 dans la province de la Saskatchewan, une telle mesure législative fédérale serait sans effet dans cette province. Cela peut expliquer le fait que l'art. 110 n'est jamais réapparu dans les Statuts du Canada ni dans les Statuts révisés du Canada après la proclamation du chap. 43 des Statuts du Canada de 1907. La question de la survie de l'art. 110 dans le droit de la province de la Saskatchewan demeure entière malgré toute cette activité parlementaire.

IX. Conclusion

En raison de la forme qu'a fini par prendre ce litige et en l'absence de pourvoi incident, les dispositifs conventionnels consistant à accueillir ou à rejeter le pourvoi ne sont guère appropriés. En tout état de cause, un nouveau procès est hors de question puisque l'accusé est décédé. Je crois donc que le dispositif qui s'impose doit consister en une

response to the questions put by the Court. I would answer those questions as follows:

Question 1. No.

Questions 2 to 5 inclusive need not, in view of my negative answer to Question 1, be answered.

Question 6 requires no answer in these proceedings.

I am assisted in reaching this result by the realization that in order to reach the opposite result one must find a substitute in the applicable Saskatchewan and Alberta legislation and that of the Parliament of Canada or the United Kingdom Parliament relating to these new provinces, for s. 23 as it appears in the *Manitoba Act, 1870*. Neither the Parliament of Canada nor the Parliament of the United Kingdom saw fit to enact that section or anything approaching it in the legislation leading up to the formation of these new provinces. Even with s. 23 present in the Manitoba legislation a reference, with supporting material and the involvement of both levels of government, was necessary to bring about a constitutional resolution of the question. There is no historical or other material produced in this record by public authority. The Government of Canada did not participate in the proceedings. On a very limited factual base and an equally meagre statutory base, and without any constitutional provision clearly relating to the question now raised, it is highly unsatisfactory to stretch the legislation relating to the North-West Territories into a constitutional provision fundamentally affecting the organization of these provinces. Neither the statutes reviewed in these reasons, nor the factual situation revealed in the parliamentary debate at that time, support the elevation to a position of an entrenched right in the nature of a constitutional right that which was by its own terms only applicable to the courts and Legislature of the North-West Territories, and in any event was only a statutory direction subject to repeal or variation as to the legislature by the subject legislature itself. Only by a strained interpretation of the statute establishing Saskatchewan, and by failing to accord to the organizational statutes of the new province their ordinary legisla-

réponse aux questions énoncées par la Cour. Je suis d'avis de répondre à ces questions comme il suit:

Non, à la première question.

Il n'est pas nécessaire de répondre aux questions 2 à 5, vu ma réponse négative à la première question.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de répondre à la sixième question.

Il m'est d'autant plus facile d'arriver à ce résultat que je réalise que, pour tirer une conclusion opposée, on doit trouver dans les mesures législatives applicables de la Saskatchewan et de l'Alberta et dans celles adoptées par le Parlement du Canada ou le Parlement du Royaume-Uni concernant ces nouvelles provinces, une disposition qui remplace l'art. 23 figurant dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Ni le Parlement du Canada ni le Parlement du Royaume-Uni n'ont jugé bon d'adopter cet article ou quelque chose qui y ressemble dans les mesures législatives qui ont abouti à la création de ces nouvelles provinces. Malgré la présence de l'art. 23 dans la loi manitobaine, un renvoi, avec pièces à l'appui et la participation des deux paliers de gouvernement, a été nécessaire pour en venir à un règlement constitutionnel de la question. On ne trouve, dans le présent dossier, aucune documentation historique ou autre produite par les autorités publiques. Le gouvernement du Canada n'a pas participé à l'instance. Compte tenu d'un fondement factuel très limité et d'un fondement légal tout aussi pauvre, et en l'absence d'une disposition constitutionnelle portant clairement sur la question maintenant soulevée, il est extrêmement peu satisfaisant de faire d'une mesure législative concernant les territoires du Nord-Ouest une disposition constitutionnelle touchant fondamentalement l'organisation de ces provinces. Ni les lois examinées dans ces motifs ni la situation de fait que révèlent les débats parlementaires de l'époque ne justifient d'ériger en droit enchâssé qui participe de la nature d'un droit constitutionnel une disposition qui, de par ses termes même, s'applique uniquement aux tribunaux et à l'Assemblée législative des territoires du Nord-Ouest et n'est de toute façon rien d'autre qu'une directive légale susceptible, dans le cas de

tive impact, can s. 110 be elevated to a constitutional provision. This would produce a result neither intended by the Government of Canada of the day, nor expressly mentioned in any parliamentary or legislative action at the time the province was formed.

There should, in my view, be no order as to costs.

Appeal allowed with costs, ESTEY and MCINTYRE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant and the interveners (principal parties): Michel Bastarache, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Kenneth W. MacKay, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Peter T. Costigan, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Freedom of Choice Movement: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

l'Assemblée législative, d'être abrogée ou modifiée par l'Assemblée législative elle-même. Ce n'est qu'en forçant l'interprétation de la loi qui a créé la Saskatchewan et en ne donnant pas aux lois organiques de la nouvelle province leur effet législatif ordinaire, qu'on peut conférer à l'art. 110 la qualité de disposition constitutionnelle. Il en découlerait un résultat qui ne serait ni celui que le gouvernement du Canada de l'époque voulait, ni celui expressément mentionné dans les actions parlementaires ou législatives au moment de la création de la province.

Je suis d'avis de ne pas accorder de dépens.

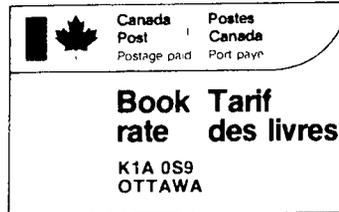
Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ESTEY et MCINTYRE sont dissidents.

Procureur de l'appelant et des intervenantes (parties principales): Michel Bastarache, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Kenneth W. MacKay, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Peter T. Costigan, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le Mouvement de la liberté de choix: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1988 Vol. 1

3^e cahier, 1988 Vol. 1

Cited as [1988] 1 S.C.R. 327-512

Renvoi [1988] 1 R.C.S. 327-512

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practicing before the Supreme Court of Canada are asked to take note that amendments to the *Supreme Court Act* and various other Acts, including the *Criminal Code* of Canada, came into effect on April 25, 1988.

Numerous procedural changes are included in the new legislation. The amendments now give the Court the option of delivering judgments in open court (as is now the case), or of depositing a written judgment with the Registrar. Also, the time limit for bringing applications for leave to appeal is now 60 days from the pronouncement of the judgment appealed from in all but a few specific cases. In addition, the amendments provide that henceforth applications for leave to appeal will be determined by the Court on the basis of written submissions, unless the Court orders an oral hearing.

As a result of these legislative changes, a number of amendments have also been made to the Court's Rules of Practice. The amendments to the Rules, which also came into force on April 25, 1988, are registered as SOR/88-247. In addition, the new Rules contain changes concerning the dates for the filing of material and the authority of the Registrar.

Motions for leave to appeal where the judgment appealed from was pronounced before April 25, 1988 will be dealt with under the old provisions of the Act and Rules. The new provisions will apply in all cases where the judgment of the court appealed from was rendered on or after April 25, 1988.

Counsel can obtain further information on the procedural changes by calling: Mr. E.J. Bisson, Assistant Registrar (Process), or Claude E. Alain, Legal Counsel, at (613) 995-4330.



REGISTRAR

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident en Cour suprême du Canada sont priés de noter que des modifications à la *Loi sur la Cour suprême* et à d'autres lois, dont le *Code criminel*, sont entrées en vigueur le 25 avril 1988.

Plusieurs changements de procédure en découlent. La Cour peut maintenant rendre ses jugements en audience publique (comme par le passé) ou en déposant le jugement écrit auprès du registraire. Les requêtes en autorisation de pourvoi doivent maintenant être produites dans les 60 jours suivant la date du jugement porté en appel, sauf dans quelques cas précis. Désormais les requêtes en autorisation seront tranchées par la Cour d'après les conclusions écrites, à moins qu'elle n'ordonne la tenue d'une audience.

Ces modifications législatives ont amené de nombreux changements aux Règles de la Cour. Les modifications aux Règles qui sont également entrées en vigueur le 25 avril 1988, sont enregistrées à DORS/88-247. Des changements ont aussi été apportés aux dates de production des dossiers et au pouvoir du registraire.

Les anciennes dispositions de la Loi et des Règles s'appliqueront aux requêtes en autorisation de pourvoi lorsque le jugement porté en appel a été rendu avant le 25 avril 1988. Les nouvelles dispositions s'appliqueront à tous les cas où le jugement est rendu à compter du 25 avril 1988.

Pour de plus amples renseignements, les avocats peuvent téléphoner à M. E.J. Bisson, registraire adjoint (greffe), ou à M^e Claude E. Alain, conseiller juridique, au (613) 995-4330.



REGISTRAIRE

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, L.L.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISELE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1988.

CONTENTS

LoCicero v. B.A.C.M. Industries Ltd. 399

Courts — Jurisdiction — Corporations — Determination of fair market value of shares — Appellate court varying disposition at trial — No error shown on part of trial judge — Appeal allowed.

Molchan v. Omega Oil and Gas Ltd. 348

Partnership — Relationship between general and limited partners — Partnership's capital exhausted and certain operations ceased — General Partner buying partnership's non-producing lands in return for common shares in parent company — Lands in turn sold to parent company — Whether or not general partner in breach of statutory duty not to do any act making it impossible to carry on the ordinary business of the limited partnership — Whether or not General Partner in breach of fiduciary duty to Limited Partner — Partnership Act, R.S.A. 1980, c. P-2, s. 55(b).

Courts — Appellate court jurisdiction — Whether or not appellate court's powers of review properly exercised — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 3 — Alberta Rules of Court, Rules 505, 518.

R. v. Cornell 461

Constitutional law — Canadian Bill of Rights — Equality before the law — Criminal Code provision not proclaimed in all provinces — Whether or not non-universal application resulting in breach of equality before the law — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtiistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Révisieur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISELE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1988.

SOMMAIRE

LoCicero c. B.A.C.M. Industries Ltd. 399

Tribunaux — Compétence — Compagnies — Fixation de la juste valeur marchande des actions — Cour d'appel modifiant la décision de première instance — Aucune démonstration d'erreur de la part du juge de première instance — Pourvoi accueilli.

Molchan c. Omega Oil and Gas Ltd. 348

Société — Rapports entre commandité et commanditaires — Épuisement du capital de la société et cessation de certaines activités — Achat par le commandité des terres inexploitées de la société en contrepartie d'actions ordinaires de la compagnie mère — Vente subséquente de ces terres à la compagnie mère — Le commandité a-t-il violé l'obligation légale de ne rien faire qui rende impossible l'exercice des activités normales de la société en commandite? — Le commandité a-t-il manqué à son obligation de fiduciaire envers le commanditaire? — Partnership Act, R.S.A. 1980, chap. P-2, art. 55b).

Tribunaux — Compétence de la cour d'appel — La cour d'appel a-t-elle exercé régulièrement ses pouvoirs de révision? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 3 — Alberta Rules of Court, art. 505, 518.

R. c. Cornell 461

Droit constitutionnel — Déclaration canadienne des droits — Égalité devant la loi — Disposition du Code criminel non proclamée dans toutes les provinces — L'application non universelle constitue-t-elle une violation du droit à l'égalité devant la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person and right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice — Criminal Code provision not proclaimed in all provinces — Whether or not application of Criminal Code provision in breach of s. 7 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am.

Criminal law — Mandatory roadside breath testing — Section not proclaimed in all provinces — Conviction of impaired driving in province where provision in force — Whether or not non-universal application resulting in breach of equality before the law — Whether or not application of provision in breach of s. 7 of the Charter — Whether or not provision under which conviction procured inoperative — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am. — Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, ss. 15, 102(3) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd. 401

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Ocean pollution — Dumping of waste in provincial marine waters — Federal legislation prohibiting dumping of any substance at sea except in accordance with the terms and conditions of a permit — Definition of sea in federal legislation including internal waters of Canada other than fresh waters — Validity of federal legislation — Whether ocean pollution a matter of national concern falling within Parliament's power to legislate in respect of the peace, order and good government of Canada — Ocean Dumping Control Act, S.C. 1974-75-76, c. 55, s. 4(1) — Constitution Act, 1867, s. 91 "preamble".

R. v. Reakes 395

Criminal Law — Evidence — Whether the trial judge erred in discounting the accused's testimony — Appeal as of right.

R. v. Stolar 480

Courts — Procedure — Application to admit new evidence on appeal — Whether or not Court erred in not ordering new trial after admitting introduction of new evidence — Whether or not Court of Appeal erred in applying proviso that no substantial miscarriage of justice had taken place — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 610, 613(1)(b)(iii).

Snyder v. Montreal Gazette Ltd. 494

Torts — Defamation — Non-pecuniary damages — Assessment — Whether jury's award of \$135,000 unreasonable — Publication of judgment.

Stamper v. C.N.R. 396

Torts — Courts — Rules of court providing for advance payment where "liability is established" — Advance payment sought from C.N.R. only, and granted — Absent a claim, appeal against VIA Rail dismissed — Application for interest on moneys ordered to be advanced dismissed — Costs awarded.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

loi? — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale — Disposition du Code criminel non proclamée dans toutes les provinces — L'application de cette disposition du Code criminel viole-t-elle l'art. 7 de la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, et mod.

Droit criminel — Alcooltest obligatoire pratiqué sur-le-champ — Disposition non proclamée dans toutes les provinces — Déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies dans une province où la disposition était en vigueur — L'application non universelle constitue-t-elle une violation du droit à l'égalité devant la loi? — L'application de la disposition en question viole-t-elle l'art. 7 de la Charte? — La disposition en vertu de laquelle la déclaration de culpabilité a été obtenue est-elle inopérante? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, et mod. — Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 15, 102(3) — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd. 401

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Pollution de la mer — Immersion de déchets dans des eaux maritimes provinciales — Mesure législative fédérale interdisant l'immersion de substances en mer sauf en conformité avec un permis — Définition de la mer donnée par la loi fédérale incluant les eaux intérieures du Canada à l'exclusion des eaux douces — Validité de la mesure législative fédérale — La pollution de la mer est-elle une question d'intérêt national relevant de la compétence législative du Parlement en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement du Canada? — Loi sur l'immersion de déchets en mer, S.C. 1974-75-76, chap. 55, art. 4(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 «preamble».

R. c. Reakes 395

Droit criminel — Preuve — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant le témoignage de l'accusé? — Pourvoi de plein droit.

R. c. Stolar 480

Tribunaux — Procédure — Demande d'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel — La cour a-t-elle eu tort de ne pas ordonner un nouveau procès après avoir admis des éléments de preuve nouveaux? — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'appliquer la réserve relative à l'absence d'erreur judiciaire grave? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610, 613(1)(b)(iii).

Snyder c. Montreal Gazette Ltd. 494

Responsabilité civile — Diffamation — Dommages moraux — Évaluation — L'indemnité de 135 000 \$ accordée par le jury était-elle déraisonnable? — Publication du jugement.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Washington (State of) v. Johnson	327
Extradition — Double criminality rule — Fugitive convicted in Washington State — Washington crime not importing element of fraud found in similar Canadian crime — Whether the double criminality rule requires the elements of the extradition crime to be the same in the requesting and the requested state or whether it merely requires the act charged to be a listed crime in both countries — Whether or not extradition judge can infer fraud from non-return of goods — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 2, 3, 10(1), 18(1)(a), (b), Schedule 1 — Canada-U.S.A. Extradition Treaty, 1976, arts. 2(1), 9(1), (2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 290(1) — Revised Code of Washington, Title 9A, RCW 9A.56.020(1)(a), 9A.56.040.	

SOMMAIRE (Fin)

Stamper c. C.N.	396
Responsabilité délictuelle — Tribunaux — Paiement anticipé prévu par les règles de la cour lorsque la «responsabilité est établie» — Paiement anticipé réclamé seulement au C.N. accordé — Rejet du pourvoi contre VIA Rail en l'absence de réclamation — Rejet de la demande d'intérêts sur les montants dont le versement anticipé est ordonné — Dépens accordés.	
Washington (État de) c. Johnson	327
Extradition — Règle de la double criminalité — Fugitif déclaré coupable dans l'État de Washington — Crime dans l'État de Washington ne comportant pas l'élément de fraude existant dans le crime canadien correspondant — La règle de la double criminalité exige-t-elle que les éléments du crime entraînant l'extradition soient les mêmes dans l'État requérant et dans l'État requis ou exige-t-elle simplement que l'acte reproché soit un crime mentionné dans la loi des deux pays? — Le juge d'extradition peut-il conclure à la fraude à partir de la non-restitution des biens? — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 2, 3, 10(1), 18(1)a), b), annexe I — Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, art. 2(1), 9(1), (2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283(1), 290(1) — Revised Code of Washington, Title 9A, RCW 9A.56.020(1)a), 9A.56.040.	

**The State of Washington and the Director of
the Vancouver Pretrial Services Centre**
Appellants

v.

**Keith Melford Johnson also known as
Melford Keith Johnson** *Respondent*

INDEXED AS: WASHINGTON (STATE OF) v. JOHNSON

File No.: 19509.

1987: October 20; 1988: February 25.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson,
Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Extradition — Double criminality rule — Fugitive convicted in Washington State — Washington crime not importing element of fraud found in similar Canadian crime — Whether the double criminality rule requires the elements of the extradition crime to be the same in the requesting and the requested state or whether it merely requires the act charged to be a listed crime in both countries — Whether or not extradition judge can infer fraud from non-return of goods — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 2, 3, 10(1), 18(1)(a), (b), Schedule 1 — Canada-U.S.A. Extradition Treaty, 1976, arts. 2(1), 9(1), (2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 290(1) — Revised Code of Washington, Title 9A, RCW 9A.56.020(1)(a), 9A.56.040.

Respondent offered to sell an organ for a Washington couple and was given possession of it for thirty days for this purpose. The organ was to be returned on the expiry of that period if it had not been sold. The organ was not sold nor was it returned. The owners were unsuccessful in locating either the respondent or the organ. Respondent was arrested in Seattle, Washington, pleaded guilty to theft in the second degree, and was sentenced to the maximum term of five years' imprisonment. He escaped custody some months later and came to Canada.

Authorities in the State of Washington commenced proceedings to have respondent extradited pursuant to the *Canada-U.S.A. Extradition Treaty*, 1976. Respondent was committed for extradition. His application to the British Columbia Supreme Court for *habeas corpus* with *certiorari* in aid to quash the warrant of committal

**L'État de Washington et le directeur du
Vancouver Pretrial Services Centre**
Appellants

a c.

**Keith Melford Johnson alias Melford Keith
Johnson** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: WASHINGTON (ÉTAT DE) c. JOHNSON

b N° du greffe: 19509.

1987: 20 octobre; 1988: 25 février.

c Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer,
Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Extradition — Règle de la double criminalité — Fugitif déclaré coupable dans l'État de Washington — Crime dans l'État de Washington ne comportant pas l'élément de fraude existant dans le crime canadien correspondant — La règle de la double criminalité exige-t-elle que les éléments du crime entraînant l'extradition soient les mêmes dans l'État requérant et dans l'État requis ou exige-t-elle simplement que l'acte reproché soit un crime mentionné dans la loi des deux pays? — Le juge d'extradition peut-il conclure à la fraude à partir de la non-restitution des biens? — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 2, 3, 10(1), 18(1)a, b), annexe I — Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, art. 2(1), 9(1), (2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283(1), 290(1) — Revised Code of Washington, Title 9A, RCW 9A.56.020(1)a), 9A.56.040.

L'intimé a offert de vendre un orgue pour le compte d'un couple de l'État de Washington et en a reçu possession à cette fin pour trente jours. L'orgue devait être rendu à l'expiration du délai s'il n'avait pas été vendu. L'orgue n'a pas été rendu et les propriétaires n'ont réussi à retrouver ni l'intimé ni l'orgue. L'intimé a été arrêté à Seattle (Washington), a plaidé coupable de l'infraction de vol au deuxième degré et a été condamné à la peine maximale de cinq ans d'emprisonnement. Il s'est évadé quelques mois plus tard et s'est rendu au Canada.

Les autorités de l'État de Washington ont entamé des procédures en vue d'obtenir l'extradition de l'intimé en conformité avec le *Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*. L'intimé a été incarcéré en vue de son extradition. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté sa demande d'*habeas*

was denied but the British Columbia Court of Appeal allowed his appeal.

The central issue here was whether the double criminality rule requires the elements of the extradition crime to be the same in the requesting and the requested state or whether it merely requires the act charged to be a listed crime in both countries.

Held (Beetz, McIntyre and Le Dain JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Estey, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: The double criminality rule is conduct-based. If it can be established that the fugitive's conduct constituted the listed offence of theft in both Canada and Washington, the double criminality requirement is met.

Respondent was convicted in Washington of theft in the second degree. This crime, on its face, does not include the requirement of fraudulent intent whereas theft in Canada, as defined in the *Criminal Code*, expressly contains this requirement. Accordingly, on the wording of the relevant statutory provisions, absent further knowledge of the Washington law of theft in the second degree, respondent's conduct would not constitute the offence of theft had it taken place in Canada.

Double criminality can be established in two ways. First, expert witnesses could be called to testify that while fraudulent intent is not a requirement apparent on the face of the Washington statute, it is nevertheless required by the law of Washington. If this could be shown, then evidence of a conviction under Washington law would constitute evidence that the fugitive's conduct would have amounted to theft under Canadian law. No such expert evidence was led here. Secondly, it could be established that the particular facts underlying the Washington charge would, if replicated in Canada, constitute an offence under either s. 283(1) or s. 290(1) of the *Criminal Code*. This was not done either.

The extradition judge did not find on the facts evidence of fraudulent intent but inferred such intent from the non-return of the goods. Such an inference cannot be made because failure to return goods within a reasonable time is consistent with a number of explanations other than fraud. Appellant therefore failed to establish that the respondent was convicted in Washington of an extradition crime. Respondent's committal for extradi-

corpus avec certiorari auxiliaire visant l'annulation du mandat d'incarcération, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli son appel.

^a La question principale en l'espèce est de savoir si la règle de la double criminalité exige que les éléments du crime entraînant l'extradition soient les mêmes dans l'État requérant et dans l'État requis ou si elle exige simplement que l'acte reproché soit un crime mentionné dans la loi des deux pays.

^b *Arrêt* (les juges Beetz, McIntyre et Le Dain sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

^c Les juges Estey, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé: La règle de la double criminalité est fondée sur la conduite. Si on peut établir que la conduite du fugitif constituait l'infraction de vol mentionnée dans la loi du Canada et du Washington, on satisfait à l'exigence de la double criminalité.

^d L'intimé a été convaincu dans le Washington de vol au deuxième degré. Ce crime ne requiert apparemment pas qu'il y ait une intention frauduleuse, alors qu'au Canada la définition de vol dans le *Code criminel* pose expressément cette exigence. Par conséquent, vu le texte des dispositions pertinentes et en l'absence de plus amples renseignements sur la règle de droit de Washington en matière de vol au deuxième degré, la conduite de l'intimé ne constituerait pas l'infraction de vol si elle avait eu lieu au Canada.

^e Il existe deux moyens d'établir la double criminalité. En premier lieu, on peut prouver, en citant des témoins experts, que, bien que la loi du Washington ne requière pas expressément une intention frauduleuse, cette intention doit néanmoins être présente selon le droit du Washington. Si cela pouvait être établi, la preuve d'une déclaration de culpabilité en vertu de la loi du Washington serait une preuve que la conduite du fugitif aurait constitué un vol en droit canadien. On n'a pas présenté de preuve par expert en l'espèce. En second lieu, on peut établir que les faits particuliers sur lesquels repose l'accusation portée dans l'État de Washington, s'ils avaient eu lieu au Canada, constitueraient une infraction soit au par. 283(1), soit au par. 290(1) du *Code criminel*. On n'a pas fait cela non plus.

^f Le juge d'extradition n'a pas conclu que les faits témoignaient d'une intention frauduleuse, mais il a déduit cette intention de la non-restitution des biens. On ne saurait en venir à une telle déduction parce que la non-restitution des biens dans un délai raisonnable peut s'expliquer de plusieurs manières et non pas uniquement par la fraude. L'appelant n'a donc pas réussi à prouver que l'intimé a été convaincu d'un crime entraînant l'ex-

tion was not authorized by s. 18(1)(a) of the *Extradition Act*.

Per Beetz, McIntyre and Le Dain JJ. (dissenting): The test for determining whether conduct would constitute a crime in Canada is essentially the same in the case of a convicted fugitive as it is in the case of an accused fugitive: whether the conduct underlying the conviction, as it is described in the material before the extradition judge, could support a conviction of the crime in Canada. Under the applicable test the conduct underlying the conviction in the State of Washington would constitute the crime of theft in Canada because the evidence of that conduct before the extradition judge would support an inference of fraudulent intent.

The failure to comply with the requirements of Article 9(2) of the *Canada-U.S.A. Extradition Treaty*, 1976, did not render the committal invalid because it did not go to the jurisdiction of the extradition judge.

Cases Cited

By Wilson J.

Considered: *Cotroni v. Attorney General of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 219; **referred to:** *Government of the Republic of Italy v. Piperno*, [1982] 1 S.C.R. 320; *In re Nielsen*, [1984] 1 A.C. 606; *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369.

By Le Dain J. (dissenting)

R. v. DeMarco (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *Re Von Einem and Federal Republic of Germany* (1984), 14 C.C.C. (3d) 440.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 290(1), 294.

Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 2, 3, 10(1), 18(1)(a), (b), Schedule 1.

Revised Code of Washington, Title 9A, RCW 9A.56.020(1)(a), 9A.56.040.

Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America (Canada-U.S.A. Extradition Treaty), *Canada Treaty Series*, 1976, No. 3, art. 2(1), 9(1), (2).

Authors Cited

La Forest, Gerald Vincent. *Extradition To and From Canada*, 2nd ed. With the assistance of Sharon A. Williams. Toronto: Canada Law Book, 1977.

tradition dans le Washington. L'alinéa 18(1)a) de la *Loi sur l'extradition* n'autorisait donc pas son incarcération en vue de l'extradition.

Les juges Beetz, McIntyre et Le Dain (dissidents): Le critère permettant de déterminer si un crime au Canada est essentiellement le même dans le cas d'un condamné fugitif et d'un accusé fugitif: il faut déterminer si la conduite ayant entraîné la déclaration de culpabilité, telle qu'elle est décrite dans les documents produits devant le juge d'extradition, peut justifier une déclaration de culpabilité du même crime au Canada. Selon le critère applicable, la conduite ayant entraîné la déclaration de culpabilité dans l'État de Washington constitue le crime de vol au Canada car la preuve de cette conduite soumise au juge d'extradition permet de déduire qu'il y a eu une intention frauduleuse.

Le non-respect des exigences de l'article 9(2) du *Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* ne rend pas l'incarcération invalide parce que cela ne touche pas à la compétence du juge d'extradition.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt examiné: *Cotroni c. Procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 219; **arrêts mentionnés:** *Gouvernement de la République d'Italie c. Piperno*, [1982] 1 R.C.S. 320; *In re Nielsen*, [1984] 1 A.C. 606; *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369.

Citée par le juge Le Dain (dissident)

R. v. DeMarco (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *Re Von Einem and Federal Republic of Germany* (1984), 14 C.C.C. (3d) 440.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283(1), 290(1), 294.

Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 2, 3, 10(1), 18(1)a), b), annexe 1.

Revised Code of Washington, Title 9A, RCW 9A.56.020(1)a), 9A.56.040.

Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, *Canada, Recueil des traités*, 1976, n° 3, art. 2(1), 9(1), (2).

Doctrine citée

La Forest, Gerald Vincent. *Extradition To and From Canada*, 2nd ed. With the assistance of Sharon A. Williams. Toronto: Canada Law Book, 1977.

Shearer, Ivan Anthony. *Extradition in International Law*. Manchester: University Press, 1971.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, Vancouver Registry CA 003221, June 10, 1985, allowing an appeal from a judgment of Ruttan J., Vancouver Registry, CC 841383, November 15, 1984, denying an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid with respect to a warrant for committal for extradition issued by Cowan Co. Ct. J. sitting as extradition judge, Vancouver Registry, CC 831355, August 3, 1984. Appeal dismissed, Beetz, McIntyre and Le Dain JJ. dissenting.

William H. Corbett, Q.C., for the appellants.

Barry Long, for the respondent.

The reasons of Beetz, McIntyre and Le Dain JJ. were delivered by

LE DAIN J. (dissenting)—I would allow the appeal. While I agree with Justice Wilson that what is in issue is whether the conduct underlying the conviction in the State of Washington would constitute the crime of theft in Canada, I am unable, with great respect, to agree with her conclusion that the evidence of that conduct before the extradition judge would not support an inference of fraudulent intent.

There is obviously a necessary difference in the wording of s. 18(1)(a) and 18(1)(b) of the *Extradition Act*, the one referring to the proof of conviction in the case of a convicted fugitive, the other referring to the evidence that would justify committal for trial in the case of an accused fugitive. I am unable, however, to conclude from this necessary difference in wording that the test or standard for determining whether the conduct underlying the conviction in the foreign state would constitute a crime in Canada should, or as a practical matter can, be essentially different from the *prima facie* test applicable in the case of an accused fugitive. In the application of that test to a case of conviction the extradition judge is not in the position of determining guilt or innocence or weighing the evidence any more than he is in the case of an

Shearer, Ivan Anthony. *Extradition in International Law*. Manchester: University Press, 1971.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, greffe de Vancouver CA 003221, le 10 juin 1985, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Ruttan, greffe de Vancouver, CC 841383, le 15 novembre 1984, qui rejetait une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire à l'égard d'un mandat d'incarcération lancé par le juge Cowan de la Cour de comté, siégeant à titre de juge d'extradition, greffe de Vancouver, CC 831355, le 3 août 1984. Pourvoi rejeté, les juges Beetz, McIntyre et Le Dain sont dissidents.

William H. Corbett, c.r., pour les appelants.

Barry Long, pour l'intimé.

Version française des motifs des juges Beetz, McIntyre et Le Dain rendus par

LE JUGE LE DAIN (dissident)—Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Bien que j'estime, comme le juge Wilson, que la question en litige est de savoir si la conduite qui a donné lieu à la déclaration de culpabilité dans l'État de Washington constituerait le crime de vol au Canada, je me vois malheureusement dans l'impossibilité de souscrire à sa conclusion que l'existence d'une intention frauduleuse ne saurait être déduite de la preuve de cette conduite produite devant le juge d'extradition.

De toute évidence, il y a nécessairement une différence entre le texte des al. 18(1)a) et 18(1)b) de la *Loi sur l'extradition*. L'un parle de la preuve de la déclaration de culpabilité dans le cas d'un condamné fugitif, l'autre de la preuve justifiant l'incarcération préventive dans le cas d'un accusé fugitif. Je ne puis cependant conclure de cette différence nécessaire entre les textes de ces dispositions que le critère ou la norme qui permet de déterminer si la conduite sur laquelle repose le verdict de culpabilité rendu dans l'État étranger constituerait un crime au Canada, doit, ou peut sur le plan pratique, différer fondamentalement du critère applicable *prima facie* dans le cas d'un accusé fugitif. En appliquant ce critère dans un cas où il y a eu déclaration de culpabilité, le juge d'extradition ne se trouve pas à décider de la

accused fugitive. In the case of a convicted fugitive the test must be whether the conduct underlying the conviction, as it is described in the material before the extradition judge, could support a conviction of the crime in Canada. As long as inferences can be drawn from the facts as established, it is irrelevant whether or not a particular trier of fact would do so.

The extradition judge described the relevant facts as disclosed by the documentary material before him as follows:

The circumstances of the case against Johnson were before the trial judge at the time of sentencing and appear in the material filed. They disclose that in February 1979 a Mr. and Mrs. George Ford of Enumclaw, Washington, placed an ad in a Seattle newspaper offering to sell an organ. They were contacted by Johnson who persuaded them to enter into a thirty day consignment agreement with him and to deliver the organ to him. Two low offers were received and communicated to the Fords who turned them down. One week after the thirty day period had expired the Fords tried to contact Johnson but he had disappeared, as had the organ. Johnson was later located in Calgary, Alberta. Johnson remained at large until arrested in 1982.

In determining whether the conduct described by those facts would constitute the crime of theft in Canada, the extradition judge, in my respectful opinion, correctly applied the applicable test in the following passages of his reasons for judgment:

In my opinion those facts are such as to provide prima facie proof that the Canadian crime of theft, either under s. 283 or s. 290(1) of the Criminal Code, was committed. The element of fraud can be inferred by the failure to return the goods within a reasonable time.

Johnson in an affidavit filed in these proceedings deposed to facts which, if believed, would negate the element of fraudulent intent. It is not the function of the extradition judge to weigh or consider different views of the evidence but for the purposes of the proof of double criminality to assess whether there is sufficient prima

culpabilité ou de l'innocence ni à apprécier la preuve, pas plus qu'il ne le fait lorsqu'il s'agit d'un accusé fugitif. Dans le cas d'un condamné fugitif, le critère doit consister à se demander si la conduite qui a entraîné la déclaration de culpabilité, telle qu'elle est décrite dans la preuve produite devant le juge d'extradition, pourrait fonder une déclaration de culpabilité du même crime au Canada. Du moment que des déductions peuvent être tirées des faits établis, la question de savoir si un juge des faits les aurait tirées ou non est sans intérêt.

Le juge d'extradition a décrit ainsi les faits pertinents se dégageant de la preuve documentaire présentée devant lui:

[TRADUCTION] Au moment de l'imposition de la peine, le juge du procès était au courant des faits allégués contre Johnson et ceux-ci apparaissent à la lecture des pièces produites. Il en ressort qu'en février 1979 M. et M^{me} George Ford d'Enumclaw (Washington) ont publié dans un journal de Seattle une annonce mettant en vente un orgue. Johnson a pris contact avec eux et les a persuadés de conclure avec lui un contrat de dépôt d'une durée de trente jours et de lui remettre l'orgue. Deux offres peu élevées ont été reçues et transmises aux Ford qui les ont rejetées. Une semaine après l'expiration du délai de trente jours, les Ford ont essayé de rejoindre Johnson, mais Johnson et l'orgue avaient tous les deux disparu. Johnson fut retrouvé plus tard à Calgary (Alberta). Johnson est resté en liberté jusqu'à son arrestation en 1982.

En déterminant si la conduite ainsi décrite constituait le crime de vol au Canada, le juge d'extradition a, à mon avis, correctement appliqué le critère approprié dans le passage suivant tiré de ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] À mon avis, ces faits constituent une preuve prima facie suffisante de la perpétration du crime canadien de vol, soit aux termes de l'art. 283 ou du par. 290(1) du Code criminel. L'élément de fraude peut s'inférer de l'omission de rendre les biens dans un délai raisonnable.

Dans un affidavit produit dans la présente instance, Johnson a déposé concernant des faits qui, si l'on y croyait, établiraient l'inexistence de l'élément d'intention frauduleuse. Or, il n'appartient nullement au juge d'extradition d'apprécier ou d'examiner différentes façons de voir la preuve, mais il lui incombe plutôt, en ce

facie evidence to establish the commission of a Canadian crime.

The failure to return the organ within a reasonable time, from which the extradition judge held that an inference of fraudulent intent could be drawn, must be seen in light of the fact that both Johnson and the organ had disappeared and that he could not be located until he was arrested in 1982. The circumstances in *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), which was relied on by the respondent and is applied by Wilson J., were materially quite different and so was the issue. In *DeMarco*, a married woman with four children rented a car on June 19, 1971, for the purpose of moving. The rental agreement stipulated that the car was to be returned the next day, but it was not returned until the police reclaimed it near the accused's house on July 16th. At the trial the accused testified that she never intended to steal the car. After moving she had filled out a forwarding address card at the post office, and then used the car to drive her children to school from time to time, and to take them on vacation. She testified that she "just assumed they knew that I had the car", and that she was intending to return it and pay for it one month after she rented it, i.e., July 19th, three days after it was seized. The Ontario Court of Appeal quashed the conviction and ordered a new trial on the grounds, stated by Martin J.A. at pp. 373 and 374, that the trial judge's direction to the jury "failed to make clear to the jury that if the accused had any honest belief in a state of facts which if they existed would constitute a legal justification or excuse for her retaining the car such belief itself negated theft" and that "there was non-direction amounting to misdirection in failing to direct the jury with respect to what was necessary to be proved in order to satisfy the requirement of a fraudulent intention on the part of the appellant in accordance with the authorities . . ." In my respectful opinion, *DeMarco* is not authority for the proposition that an inference of fraudulent intent could

qui concerne la preuve de la double criminalité, de déterminer si on a présenté une preuve *prima facie* suffisante pour établir la perpétration d'un crime canadien.

^a Il faut se rappeler relativement à la non-restitution de l'orgue dans un délai raisonnable, ce qui, selon le juge d'extradition, justifiait de conclure à l'intention frauduleuse, que Johnson et l'orgue ^b avaient tous les deux disparu et que Johnson n'a été retrouvé que lors de son arrestation en 1982. Les faits de l'affaire *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), invoquée par l'intimé et appliquée par le juge Wilson, sont tout à ^c fait différents de ceux qui se présentent en l'espèce. Il en va de même de la question en litige. Dans l'affaire *DeMarco*, une femme mariée, mère de quatre enfants, avait loué une voiture le 19 juin ^d 1971 pour son déménagement. Le contrat de location stipulait que la voiture devait être rendue le lendemain, mais elle n'a été restituée que lorsque la police est allée la chercher près de chez l'accusée le 16 juillet. Au procès l'accusée a témoigné ^e n'avoir jamais eu l'intention de voler la voiture. Après avoir déménagé elle avait rempli au bureau de poste une carte de changement d'adresse et puis elle s'était servie de la voiture pour conduire ses ^f enfants à l'école au besoin ainsi que pour les emmener en vacances. Elle a dit qu'elle avait [TRADUCTION] «simplement supposé qu'on savait que j'avais la voiture» et qu'elle entendait la rendre et acquitter le prix de location un mois après ^g l'avoir louée, c.-à-d. le 19 juillet, soit trois jours après la saisie de la voiture. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour les motifs exposés par le juge Martin aux pp. 373 et ^h 374, savoir qu'en donnant ses directives au jury, le juge du procès [TRADUCTION] «ne lui a pas indiqué clairement que, si l'accusée croyait sincèrement à un état de faits qui, s'il avait réellement existé, aurait en droit justifié ou excusé le fait ⁱ d'avoir gardé la voiture, cette croyance suffisait à elle seule pour établir qu'il n'y a pas eu de vol» et que, [TRADUCTION] «l'omission de donner au jury des directives concernant ce qui devait être prouvé ^j pour satisfaire à l'exigence d'une intention frauduleuse chez l'appelante conformément à la jurisprudence, équivalait à lui donner des directives erro-

not be drawn from the failure to return the organ in the circumstances of the present case.

Having come to this conclusion on the principal issue, it is necessary for me to address the respondent's alternative contention that the failure of the requesting state to comply with all the requirements of Article 9(2) of the *Canada-U.S.A. Extradition Treaty*, 1976, rendered the committal by the extradition judge invalid. Article 9(2) provides that the request for extradition shall be accompanied by, *inter alia*, "the text of the laws of the requesting State describing the offense and prescribing the punishment for the offense." The information by which the respondent was charged referred to s. 9A.56.020(1)(a) of the *Revised Code of Washington* (RCW), but the request for extradition was not accompanied by the text of that provision, although it was accompanied by the text of other provisions of the *Revised Code of Washington* respecting the crime of theft in the second degree, which were placed before the extradition judge. In my opinion the failure of the requesting state to comply with Article 9(2) of the Treaty did not affect the jurisdiction of the extradition judge to issue a warrant for committal pursuant to s. 18(1)(a) of the *Extradition Act*. Article 9(2) is directed, as Article 9(1) indicates, to the request for extradition through diplomatic channels and not to the proceedings before an extradition judge. There is nothing in the relevant provisions in ss. 10 and following of the *Extradition Act* to suggest that compliance with Article 9(2) of the Treaty is a condition precedent to the exercise of the extradition judge's jurisdiction. That it is not is an implication of the cases, with which I agree, in which it has been held that it is not necessary to place the request for extradition in evidence before an extradition judge: *Re Von Einem and Federal Republic of Germany* (1984), 14 C.C.C. (3d) 440 (B.C.C.A.) I am accordingly of the view that the failure to comply with Article 9(2) of the Treaty did not render the committal invalid.

nées...» J'estime avec égards que l'arrêt *DeMarco* n'appuie nullement la proposition selon laquelle on ne saurait déduire l'existence d'une intention frauduleuse de la non-restitution de l'organe en l'espèce.

Étant donné cette conclusion sur la question principale, je dois me pencher sur l'argument subsidiaire de l'intimé, savoir que l'omission de l'État requérant de se conformer à toutes les exigences de l'article 9(2) du *Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* rend invalide l'incarcération imposée par le juge d'extradition. L'article 9(2) dispose que la demande d'extradition doit être accompagnée notamment «du texte des dispositions des lois de l'État requérant décrivant l'infraction et stipulant la peine à infliger à cet égard». La dénonciation par laquelle l'accusation a été portée contre l'intimé fait mention de l'al. 9A.56.020(1)a) du *Revised Code of Washington* (RCW), mais la demande d'extradition n'était pas accompagnée du texte de cette disposition, bien qu'on y ait joint le texte d'autres dispositions du *Revised Code of Washington* prévoyant le crime de vol au deuxième degré, lesquelles dispositions ont été produites devant le juge d'extradition. À mon avis, le fait que l'État requérant ne se soit pas conformé à l'article 9(2) du *Traité* n'a eu aucun effet sur la compétence du juge d'extradition pour lancer un mandat d'incarcération en vertu de l'al. 18(1)a) de la *Loi sur l'extradition*. L'article 9(2), comme l'indique l'article 9(1), vise une demande d'extradition présentée par la voie diplomatique et non pas les procédures devant un juge d'extradition. Il n'y a rien dans les dispositions pertinentes des art. 10 et suivants de la *Loi sur l'extradition* qui laisse entendre que le juge d'extradition ne peut exercer son pouvoir que si on s'est d'abord conformé à l'article 9(2) du *Traité*. Qu'une telle condition n'existe pas se dégage des décisions, que j'approuve, établissant qu'il n'est pas nécessaire de produire la demande d'extradition en preuve devant le juge d'extradition: *Re Von Einem and Federal Republic of Germany* (1984), 14 C.C.C. (3d) 440 (C.A.C.-B.) J'estime en conséquence que l'omission de se conformer à l'article 9(2) du *Traité* n'invalide pas l'incarcération.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the warrant of committal issued by Cowan Co. Ct. J.

The judgment of Estey, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

WILSON J.—This appeal requires us to consider the precise nature of the double criminality rule in extradition law. The question is whether the party seeking extradition must establish that the offence charged in the foreign state is an offence in Canada or whether it is sufficient to show that the conduct charged would have amounted to a Canadian crime listed in the Treaty had it taken place in this country.

I The Facts

On May 18, 1979, the respondent was charged in the State of Washington with the crime of theft in the second degree. The information reads as follows:

I, Norm Maleng, Prosecuting Attorney for King County in the name and by the authority of the state of Washington, by this Information do accuse Melford Keith Johnson, of the crime of theft in the second degree, committed as follows:

That the defendant Melford Keith Johnson, in King County, Washington, on or about February 20, 1979, with intent to deprive another of property to wit: a Lowrey Organ, did exert unauthorized control over such property belonging to Mr. and Mrs. George Ford; that the value of such property did exceed \$250:

Contrary to RCW 9A.56.040(1)(A).020(1)(a), and against the peace and dignity of the state of Washington.

The material facts underlying the charge are as follows. In February 1979 a Washington couple, the Fords, placed an advertisement in a Seattle newspaper offering to sell a "Lowrey" organ. The respondent Johnson offered to attempt to sell it for them. Johnson and the Fords entered into an agreement giving Johnson possession of the organ for thirty days after which he was to return the organ if it had not been sold. During the thirty-day period Johnson referred two offers to the Fords;

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le mandat d'incarcération lancé par le juge Cowan de la Cour de comté.

^a Version française du jugement des juges Estey, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE WILSON—Nous sommes appelés en ^b l'espèce à examiner la nature précise de la règle de la double criminalité en droit de l'extradition. Il faut donc déterminer si la partie qui demande l'extradition doit établir que l'infraction imputée dans l'État étranger constitue une infraction au ^c Canada ou bien s'il suffit de démontrer que la conduite reprochée aurait été un crime canadien visé par le Traité dans l'hypothèse où elle aurait eu lieu au Canada.

^d I Les faits

Le 18 mai 1979, l'intimé a été accusé dans l'État de Washington du crime de vol au deuxième degré. La dénonciation est ainsi libellée:

[TRADUCTION] Je, Norm Maleng, procureur de King County, au nom et par l'autorité de l'État de Washington, par la présente dénonciation accuse Melford Keith Johnson d'avoir commis le crime de vol au deuxième degré ainsi qu'il est exposé ci-après:

Le défendeur Melford Keith Johnson, dans King County (Washington), le 20 février 1979 ou vers cette date, avec l'intention de priver autrui d'un bien d'une ^g valeur de plus de 250 \$, savoir un orgue Lowrey, a retenu sans autorisation ce bien appartenant à M. et M^{me} George Ford:

Contrairement à RCW 9A.56.040(1)(A).020(1)a) et troublant ainsi la paix et la dignité de l'État de ^h Washington.

Voici les faits importants sur lesquels repose l'accusation. En février 1979, un couple du Washington, les Ford, ont publié dans un journal de Seattle une annonce pour vendre un orgue «Lowrey». L'intimé Johnson a offert d'essayer de le vendre pour eux. Johnson et les Ford ont donc conclu un accord en vertu duquel Johnson prenait possession de l'orgue pour trente jours à charge de le rendre s'il ne l'avait pas vendu dans le délai imparti. Au cours de cette période, Johnson a soumis deux offres aux

the Fords rejected the offers because they were too low.

At the expiry of the thirty-day period the organ was not returned. The Fords attempted to locate Johnson and the organ but were unsuccessful on both counts.

Johnson was arrested in Seattle, Washington, on May 8, 1982. He pleaded guilty to the offence of theft in the second degree and was sentenced to the maximum term of five years' imprisonment. On December 26, 1982 Johnson escaped from prison. He left the State of Washington and came to Canada. At the time of his escape fifty-two months of his sentence remained to be served.

Authorities in the State of Washington commenced proceedings to have Johnson extradited pursuant to the terms of the *Canada-U.S.A. Extradition Treaty*, 1976. On September 7, 1983, an information was sworn before a Vancouver extradition judge stating that Johnson was a convicted fugitive who had escaped from custody in Washington. The judge issued a warrant for the apprehension of Johnson pursuant to s. 10(1) of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21. Johnson was arrested on September 13, 1983, and was released on bail pending the extradition hearing. After a number of delays the hearing was finally held on July 27, 1984, before Cowan Co. Ct. J. sitting as an extradition judge.

II The Courts Below

British Columbia County Court

On July 27, 1984, Cowan Co. Ct. J. ordered Johnson committed for extradition. He noted that no warrant for committal of Johnson to await extradition could issue unless it was established that Johnson had been convicted of an "extradition crime" as defined in s. 2 of the *Extradition Act* and Article 2 of the *Canada-U.S.A. Extradition Treaty*, 1976. The critical point to be determined in order to resolve this issue, he stated, was whether the offence met the "double criminality" requirement of Article 2 of the Treaty.

Ford que ces derniers ont rejetées parce qu'elles étaient trop basses.

À l'expiration du délai de trente jours, l'orgue n'a pas été rendu. Malgré leurs tentatives, les Ford n'ont pu retrouver ni Johnson ni l'orgue.

Johnson a été arrêté à Seattle (Washington) le 8 mai 1982. Ayant plaidé coupable relativement à l'infraction de vol au deuxième degré, il a été condamné à la peine maximale de cinq ans d'emprisonnement. Le 26 décembre 1982, il s'est évadé de prison et a quitté l'État de Washington pour venir au Canada. Au moment de son évasion, il lui restait à purger cinquante-deux mois de sa peine.

Les autorités de l'État de Washington ont entamé des procédures en vue d'obtenir l'extradition de Johnson en conformité avec le *Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*. Le 7 septembre 1983, une dénonciation a été déposée devant un juge d'extradition de Vancouver portant que Johnson était un fugitif condamné qui s'était évadé d'une prison du Washington. En vertu du par. 10(1) de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, le juge a lancé un mandat pour l'arrestation de Johnson. Celui-ci a été appréhendé le 13 septembre 1983, puis mis en liberté sous caution en attendant l'audience d'extradition. Après plusieurs retards, cette audience s'est finalement tenue le 27 juillet 1984 devant le juge Cowan de la Cour de comté siégeant en qualité de juge d'extradition.

II Les tribunaux d'instance inférieure

Cour de comté de la Colombie-Britannique

Le 27 juillet 1984, le juge Cowan a ordonné que Johnson soit incarcéré en vue de son extradition. Le juge a fait remarquer qu'aucun mandat d'incarcération de Johnson en attendant son extradition ne pouvait être délivré, à moins qu'on n'établisse qu'il avait été déclaré coupable d'un «crime entraînant l'extradition» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur l'extradition* et de l'article 2 du *Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*. Selon le juge Cowan, la question essentielle à trancher à cet égard était celle de savoir si l'infraction satisfaisait à l'exigence de la «double criminalité» posée par l'article 2 du Traité.

Cowan Co. Ct. J. held that it did. He rejected the argument that the double criminality rule required that the offence charged have an equivalent in the *Criminal Code* of Canada. "It is sufficient", he said, "to produce prima facie evidence of facts that amount to a Canadian crime listed in the treaty". Applying this test he held that the . . . "facts are such as to provide prima facie proof that the Canadian crime of theft, either under s. 283 or s. 290(1) of the Criminal Code, was committed. The element of fraud can be inferred by the failure to return the goods within a reasonable time". Double criminality, therefore, could be made out despite the fact that there was no evidence that the Washington offence of theft in the second degree contained an element of fraudulent intent.

Cowan Co. Ct. J. also rejected the respondent's argument that his committal would constitute a violation of his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent did not argue s. 7 in this Court.

British Columbia Supreme Court

The respondent applied for *habeas corpus* with *certiorari* in aid to quash the warrant of committal made by Cowan Co. Ct. J. Ruttan J. denied the application concluding that Cowan Co. Ct. J. had correctly stated and applied the double criminality rule.

British Columbia Court of Appeal

Taggart J.A. for the Court allowed Johnson's appeal. He concluded that, while the lower courts correctly stated the double criminality rule, they applied it incorrectly because it was not established that Johnson's conduct would have constituted the offence of theft had it taken place in Canada. The record provided no evidence of the fraudulent intent necessary for a conviction under s. 283(1) or s. 290(1) of the *Criminal Code*. Taggart J.A. stated:

Now, unfortunately, what is missing from the material is anything showing what must be proved in

Le juge Cowan a répondu à cette question par l'affirmative. Il a rejeté l'argument selon lequel la règle de la double criminalité exigeait que l'infraction imputée ait son pendant dans le *Code criminel* du Canada. [TRADUCTION] «Il suffit», a-t-il affirmé, «de produire une preuve prima facie de faits constituant un crime canadien mentionné dans le traité». Ayant appliqué ce critère, il a conclu que les [TRADUCTION] «faits constituent une preuve prima facie suffisante de la perpétration du crime canadien de vol, soit aux termes de l'art. 283 ou du par. 290(1) du Code criminel. L'élément de fraude peut s'inférer de l'omission de rendre les biens dans un délai raisonnable». Il était donc possible de prouver la double criminalité en dépit de l'absence d'éléments de preuve établissant que l'infraction de vol au deuxième degré, prévue dans l'État de Washington, comportait un élément d'intention frauduleuse.

Le juge Cowan a en outre écarté l'argument de l'intimé selon lequel son incarcération porterait atteinte aux droits que lui confère l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'intimé n'a pas invoqué l'art. 7 en cette Cour.

Cour suprême de la Colombie-Britannique

L'intimé a demandé un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire afin d'obtenir l'annulation du mandat d'incarcération lancé par le juge Cowan. Le juge Ruttan a rejeté la demande après avoir conclu que le juge Cowan avait formulé et appliqué correctement la règle de la double criminalité.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Le juge Taggart, au nom de la cour, a accueilli l'appel interjeté par Johnson. Il a conclu que les tribunaux d'instance inférieure avaient correctement formulé la règle de la double criminalité, mais qu'ils l'avaient appliquée incorrectement parce qu'on n'avait pas démontré que la conduite de Johnson aurait constitué l'infraction de vol si elle avait eu lieu au Canada. Rien au dossier ne prouvait l'existence de l'intention frauduleuse requise pour qu'il y ait déclaration de culpabilité de l'infraction énoncée au par. 283(1) ou au par. 290(1) du *Code criminel*. Le juge Taggart a dit:

[TRADUCTION] Or, malheureusement, le dossier est muet sur ce qui doit être prouvé dans l'État de Washing-

Washington State to support a conviction for second degree theft. Certainly s. 9A.56.040 makes no reference to the element of fraudulent intent. The information which I have quoted makes averments which appear not to be included in the section. From that I assume, but making it clear that I have no way of knowing with certainty, there are other statutory provisions in Washington State setting out with more particularity what must be proved in order that a conviction for second degree theft may be entered. Those other provisions, if they exist, are not before us. Without them, I am unable to say the appellant was convicted of an extradition crime as required by s. 18(1)(a) of the Act. Unless one can say with certainty that he was convicted of an extradition crime, and I cannot, the order sought by the Washington State authorities ought not to be made.

He later qualified this by stating:

My brother Lambert has quite correctly pointed out that in the course of my reasons for judgment I said unless we can say with certainty that the appellant was convicted of an extradition crime in the State of Washington the extradition order sought by the Washington authorities ought not to be made. I think the term certainty is much too strong. It would have been preferable to say only that there is before us, and there was before the extradition judge, no evidence from which the conclusion could be drawn that an extradition crime had been committed by the appellant in the State of Washington.

The Court of Appeal therefore allowed the appeal, quashed the warrant of committal and ordered Johnson released from custody. His release was made subject to "the proviso that the appellant is not at the present time necessarily detained to answer other charges that may be pending against him".

III The Issue

The issue in this appeal is whether the British Columbia Court of Appeal erred in concluding that there was no evidence that Johnson committed an extradition crime in the State of Washington. In order to determine this we must examine the nature of extradition crimes generally and the double criminality rule in particular.

ton pour qu'il y ait déclaration de culpabilité de vol au deuxième degré. L'article 9A.56.040 ne fait certainement aucune mention d'un élément d'intention frauduleuse. Par ailleurs, la dénonciation que j'ai citée contient des allégations qui paraissent étrangères à cet article. J'en déduis, tout en soulignant que je ne puis le savoir avec certitude, qu'il existe d'autres dispositions législatives de l'État de Washington qui énoncent d'une façon plus détaillée ce qu'il faut prouver pour obtenir un verdict de culpabilité de vol au deuxième degré. Ces autres dispositions, s'il en est, n'ont pas été produites devant nous. Sans elles, je me vois dans l'impossibilité d'affirmer que l'appelant a été reconnu coupable d'un crime entraînant l'extradition ainsi que l'exige l'al. 18(1)a de la Loi. À moins de pouvoir affirmer avec certitude qu'il a été déclaré coupable d'un crime entraînant l'extradition, ce que je ne peux faire, l'ordonnance sollicitée par les autorités de l'État de Washington ne devrait pas être rendue.

Plus loin, il nuance sa déclaration en ces termes:

[TRADUCTION] Mon collègue le juge Lambert m'a fait remarquer, à juste titre, que j'ai dit dans mes motifs de jugement qu'à moins de pouvoir affirmer avec certitude que l'appelant a été déclaré coupable dans l'État de Washington d'un crime entraînant l'extradition, l'ordonnance d'extradition sollicitée par les autorités du Washington ne devrait pas être rendue. Or, je crois que le terme «certitude» est bien trop fort. Il aurait mieux valu dire simplement que, pas plus que le juge d'extradition, nous ne disposons d'éléments de preuve pouvant justifier la conclusion que l'appelant a commis dans l'État de Washington un crime entraînant l'extradition.

La Cour d'appel a donc accueilli l'appel, a annulé le mandat d'incarcération et a ordonné que Johnson soit élargi. Son élargissement était assortie de [TRADUCTION] «la condition que l'appelant ne soit pas en ce moment nécessairement détenu pour répondre à d'autres accusations qui ont pu être portées contre lui».

III La question en litige

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en concluant à l'absence d'éléments de preuve établissant que Johnson avait commis un crime entraînant l'extradition dans l'État de Washington. Pour y répondre, il nous faut examiner la nature des crimes entraînant l'extradition en général et la règle de la double criminalité en particulier.

(a) *Extradition Crimes*

The extradition of convicted fugitives between Canada and the U.S. is governed by Canada's *Extradition Act* and by the *Canada-U.S.A. Extradition Treaty*, 1976. Section 3 of the *Extradition Act* provides:

3. In the case of any foreign state with which there is an extradition arrangement, this Part applies during the continuance of such arrangement; but no provision of this Part that is inconsistent with any of the terms of the arrangement has effect to contravene the arrangement; and this Part shall be so read and construed as to provide for the execution of the arrangement.

This section of the Act incorporates the Treaty into domestic law. Extradition must therefore be conducted in accordance with both the Act and the provisions of the Treaty: see *Government of the Republic of Italy v. Piperno*, [1982] 1 S.C.R. 320, at p. 324.

Committal for extradition is authorized by s. 18(1) of the *Extradition Act* which provides:

18. (1) The judge shall issue his warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

(a) in the case of a fugitive alleged to have been convicted of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, prove that he was so convicted, and

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada.

Thus, the requirement for a committal under para. (a) is simply proof that the fugitive has been convicted of an extradition crime. "Extradition crime" is defined by s. 2 of the *Extradition Act* read in conjunction with Article 2(1) of the *Canada-U.S.A. Extradition Treaty*, 1976. These two provisions read as follows:

a) *Les crimes entraînant l'extradition*

L'extradition des fugitifs condamnés entre le Canada et les États-Unis est régie par la *Loi sur l'extradition* du Canada et le *Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*. L'article 3 de la *Loi sur l'extradition* porte:

3. Dans le cas de tout État étranger avec lequel il existe une convention d'extradition, la présente Partie s'applique durant l'existence de cette convention; mais nulle disposition de la présente Partie incompatible avec quelque une des conditions de la convention n'a d'effet à l'encontre de la convention; et la présente Partie doit se lire et s'interpréter de façon à faciliter l'exécution de la convention.

Cet article entraîne donc l'incorporation du *Traité* dans le droit interne. Par conséquent, l'extradition doit se faire en conformité aussi bien avec la *Loi* qu'avec les dispositions du *Traité*: voir *Gouvernement de la république d'Italie c. Piperno*, [1982] 1 R.C.S. 320, à la p. 324.

L'incarcération en vue de l'extradition est autorisée par le par. 18(1) de la *Loi sur l'extradition*, dont voici le texte:

18. (1) Le juge doit lancer son mandat pour faire incarcérer le fugitif dans la prison convenable la plus rapprochée, afin qu'il y soit détenu jusqu'à ce qu'il ait été livré à l'État étranger ou élargi conformément à la loi,

a) dans le cas d'un fugitif que l'on prétend avoir été convaincu d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sous réserve de la présente Partie, établirait qu'il a été convaincu de ce crime, et

b) dans le cas d'un fugitif accusé d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sauf les dispositions de la présente Partie, justifierait son incarcération préventive, si le crime avait été commis au Canada.

Donc, l'exigence à remplir pour qu'il y ait incarcération en vertu de l'al. a) consiste simplement à prouver que le fugitif a été convaincu d'un crime entraînant l'extradition. L'expression «crime entraînant l'extradition» est définie à l'art. 2 de la *Loi sur l'extradition* et cette définition doit être rapprochée de l'article 2(1) du *Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*. Ces deux dispositions se lisent ainsi:

2. ...

“extradition crime” may mean any crime that, if committed in Canada, or within Canadian jurisdiction, would be one of the crimes described in Schedule I; and, in the application of this Act to the case of any extradition arrangement, “extradition crime” means any crime described in such arrangement, whether or not it is comprised in that Schedule;

Article 2

(1) Persons shall be delivered up according to the provisions of this Treaty for any of the offenses listed in the Schedule annexed to this Treaty, which is an integral part of this Treaty, provided these offenses are punishable by the laws of both Contracting Parties by a term of imprisonment exceeding one year.

Among the crimes listed in Schedule 1 to the *Extradition Act* are the following:

5. Larceny or theft;

7. Obtaining money or goods, or valuable securities, by false pretences;

9. Fraud by a bailee, banker, agent, factor, trustee, or by a director or member or officer of any company, which fraud is made criminal by any Act for the time being in force; [Emphasis added.]

It would appear, therefore, that the offence of which Johnson was convicted was listed in the Schedule annexed to the Treaty under one or more of the above items. Article 2(1) of the Treaty, however, requires that the offences be “punishable by the laws of both Contracting Parties”. This is the double criminality rule, the precise nature of which is in issue on this appeal.

(b) *The Double Criminality Rule*

The central issue to be addressed in determining the nature of the double criminality rule is whether the rule requires the elements of the extradition crime to be the same in the requesting and the requested state or whether it merely requires the act charged to be a listed crime in both countries. Cowan and Ruttan JJ. in the courts below believed that the latter was adequate. The Court of Appeal seems to have disagreed and proceeded on the

2. ...

«crime entraînant l'extradition» peut signifier tout crime qui, s'il était commis au Canada, ou dans la juridiction du Canada, serait l'un des crimes énumérés à l'annexe I; et dans l'application de la présente loi à l'égard de toute convention d'extradition, un crime entraînant l'extradition signifie tout crime décrit dans cette convention, qu'il soit compris dans ladite annexe ou non;

Article 2

(1) Les individus seront livrés conformément aux dispositions du présent Traité pour l'une quelconque des infractions énumérées à l'Annexe jointe audit Traité, et qui en est partie intégrante, à condition que ces infractions soient punissables, en vertu des lois des deux parties contractantes, d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an.

Parmi les crimes énumérés à l'annexe I de la *Loi sur l'extradition* figurent les suivants:

5. Larcin ou vol;

7. Obtention d'argent, de valeurs ou de marchandises sous de faux prétextes;

9. Fraude commise par un dépositaire, banquier, agent, facteur, fiduciaire, ou par un administrateur, membre ou fonctionnaire d'une compagnie, laquelle fraude est déclarée criminelle par quelque loi alors en vigueur; [Je souligne.]

Il semble en conséquence que l'infraction dont Johnson a été convaincu soit visée par l'annexe jointe au Traité puisqu'elle relève d'au moins une des catégories reproduites ci-dessus. L'article 2(1) du Traité exige cependant que les infractions soient «punissables, en vertu des lois des deux parties contractantes». Il s'agit de la règle de la double criminalité dont la nature précise fait l'objet du présent pourvoi.

b) *La règle de la double criminalité*

La question fondamentale qui se pose pour déterminer la nature de la règle de la double criminalité est de savoir si cette règle exige que les éléments du crime entraînant l'extradition soient les mêmes dans l'État requérant et dans l'État requis ou s'il suffit que l'acte reproché constitue un crime énuméré dans la liste de l'un et l'autre pays. Les juges Cowan et Ruttan des deux premiers degrés de juridiction ont estimé que cette dernière

basis that the elements of the crime must be the same in both states. Which is correct?

The learned writers seem to be in agreement that the double criminality rule looks to the conduct of the individual whose extradition is being sought. Gerald V. La Forest, in his text *Extradition To and From Canada* (2nd ed. 1977), defines an extradition crime as follows at p. 42:

An extradition crime may broadly be defined as an act of which a person is accused, or has been convicted, of having committed within the jurisdiction of one state that constitutes a crime in that state and in the state where that person is found, and that is mentioned or described in an extradition treaty between those states under a name or description by which it is known in each state. This definition can be broken down into several propositions:

- (1) the act charged must have been committed within the jurisdiction of the demanding state;
- (2) it must be a crime in the demanding state;
- (3) it must also be a crime in the requested state; and
- (4) it must be listed in an extradition treaty between the two states under some name or description by which it is known in each state.

I read the word "it" in each of paragraphs (2), (3) and (4) as referring back to "the act charged" in paragraph (1); that is, we are directed to examine the conduct which gave rise to the conviction or charge in the foreign state.

Ivan A. Shearer, in his text *Extradition in International Law*, 1971, also emphasizes the conduct-based nature of the test. He states at p. 137:

The basic rule observed by the enumerative and 'no list' treaties alike is the rule of double criminality. This rule requires that an act shall not be extraditable unless it constitutes a crime according to the laws of both the requesting and the requested States.

exigence suffisait. La Cour d'appel, par contre, semble ne pas avoir partagé cet avis et avoir jugé que les éléments du crime doivent être identiques dans les deux États. Quel point de vue faut-il retenir?

Les auteurs de doctrine semblent s'accorder pour affirmer que la règle de la double criminalité vise la conduite de l'individu dont on demande l'extradition. Gerald V. La Forest, dans son ouvrage intitulé *Extradition To and From Canada* (2nd ed. 1977), à la p. 42, définit ainsi un crime entraînant l'extradition:

[TRADUCTION] Un crime entraînant l'extradition peut être généralement défini comme un acte qu'une personne est accusée ou est déclarée coupable d'avoir commis dans le ressort d'un État donné, un acte qui constitue un crime dans cet État-là et dans celui où la personne en question a été trouvée et qui est mentionné ou décrit dans un traité d'extradition signé par ces États, par un nom ou une description sous lesquels il est connu dans chacun des États en question. Cette définition peut se décomposer en plusieurs propositions:

- (1) l'acte reproché doit avoir été commis dans le ressort de l'État requérant;
- (2) il doit être un crime dans l'État requérant;
- (3) il doit également être un crime dans l'État requis;
- (4) il doit en outre être mentionné dans un traité d'extradition entre les deux États, par un nom ou une description sous lesquels il est connu dans chacun de ces États.

Selon mon interprétation, le mot «il» employé à chacun des paragraphes (2), (3) et (4) renvoie à l'expression «l'acte reproché» qui figure au paragraphe (1); c'est-à-dire qu'il faut examiner la conduite qui a donné lieu à la déclaration de culpabilité ou à l'accusation dans l'État étranger.

Ivan A. Shearer, dans son ouvrage *Extradition in International Law*, 1971, souligne lui aussi qu'il s'agit d'un critère fondé sur la conduite. À la page 137, il affirme:

[TRADUCTION] La règle de base observée tant par les traités énumératifs que par ceux qui «ne comportent pas de liste» est celle de la double criminalité. Suivant cette règle, un acte ne permet l'extradition que s'il constitue un crime selon la loi aussi bien de l'État requérant que de l'État requis.

The double criminality rule has not received a great deal of judicial attention in Canada. However, it was addressed in *Cotroni v. Attorney General of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 219. In that case the issue was whether conspiracy to import a narcotic was an extradition crime within the meaning of the *Extradition Act*. This Court held that offences laid down in the extradition arrangement between Canada and the United States. The Court then proceeded to the double criminality issue. It found that the accused could have been charged under a Canadian *Criminal Code* provision had his conduct taken place in Canada. Spence J. stated for the unanimous Court at p. 222:

I am of the opinion that it matters not whether the particular indictment, had it been laid in Canada, would have been laid under the provisions of the *Criminal Code* or the *Narcotic Control Act* or in fact any other statute. The test is what is the essence of the crime charged.

It is clear that the Court did not require an exact identity between the offence charged in the requesting state and the Canadian offence. This case, therefore, seems to support the proposition that the double criminality rule focusses on the criminal conduct of the person whose extradition is being sought.

This position is bolstered by a consideration of the purpose of the double criminality rule. Ivan A. Shearer suggests in his text that the double criminality rule has its roots in the doctrine of reciprocity. He states at pp. 137-38:

The validity of the double criminality rule has never seriously been contested, resting as it does in part on the basic principle of reciprocity, which underlies the whole structure of extradition, and in part on the maxim *nulla poena sine lege*. For the double criminality rule serves the most important function of ensuring that a person's liberty is not restricted as a consequence of offences not recognized as criminal by the requested State. The social conscience of a State is also not embarrassed by an obligation to extradite a person who would not, according to its own standards, be guilty of acts deserving punishment. So far as the reciprocity principle is

Les tribunaux canadiens n'ont pas eu l'occasion d'examiner à fond la règle de la double criminalité. Il en a toutefois été question dans l'arrêt *Cotroni c. Procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 219. Dans cette affaire, la question en litige était de savoir si le complot en vue d'importer un stupéfiant était un crime entraînant l'extradition au sens de la *Loi sur l'extradition*. Cette Cour a jugé que le complot en vue d'importer des stupéfiants relevait de la liste d'infractions établie dans la convention d'extradition intervenue entre le Canada et les États-Unis, puis elle s'est penchée sur la question de la double criminalité. Elle a conclu que l'accusé aurait pu être inculpé en vertu d'une disposition du *Code criminel* canadien si sa conduite avait eu lieu au Canada. Le juge Spence, rendant la décision unanime de la Cour, a dit, à la p. 222:

Que ladite inculpation, si elle avait été prononcée au Canada, l'aurait été en vertu des dispositions du *Code criminel* ou de la *Loi sur les stupéfiants* ou, en fait, de toute autre loi, cela est, à mon avis, sans importance. Le critère réside en la nature du crime qui fait l'objet de l'accusation.

Il est évident que la Cour ne posait pas comme exigence qu'il y ait identité parfaite de l'infraction imputée dans l'État requérant et de l'infraction canadienne. Cet arrêt semble donc appuyer la proposition selon laquelle la règle de la double criminalité insiste sur la conduite criminelle de la personne dont on demande l'extradition.

Ce point de vue est renforcé lorsqu'on examine le but de la règle de la double criminalité. Dans l'ouvrage susmentionné, Ivan A. Shearer avance que la règle de la double criminalité tire son origine du principe de réciprocité. Il écrit aux pp. 137 et 138:

[TRADUCTION] La règle de la double criminalité n'a jamais été sérieusement contestée car elle repose en partie sur le principe fondamental de la réciprocité qui est à la base même de l'extradition, et en partie sur la maxime *nulla poena sine lege*. En effet, la règle de la double criminalité remplit une fonction des plus importantes en assurant qu'il ne sera pas porté atteinte à la liberté d'une personne pour des infractions qui ne sont pas considérées comme criminelles par l'État requis. Par ailleurs, la conscience sociale d'un État ne sera pas mise dans l'embarras par l'obligation d'extrader une personne qui, selon les normes de cet État, ne s'est pas rendue

concerned, the rule ensures that a State is not required to extradite categories of offenders for which it, in return, would never have occasion to make demand. The point is by no means an academic one even in these days of growing uniformity of standards; in Western Europe alone sharp variations are found among the criminal laws relating to such matters as abortion, adultery, euthanasia, homosexual behaviour, and suicide. [Emphasis added.]

Thus, following this reasoning, if it could be established that the conduct of the fugitive constituted the listed offence of theft in both Canada and Washington the double criminality requirement would be met.

I would agree, therefore, with the appellant's contention that the double criminality rule is conduct-based.

IV The Application of the Rule

Mr. Johnson was convicted in Washington of theft in the second degree. This offence is defined as follows:

9A.56.040. Theft in the second degree

(1) A person is guilty of theft in the second degree if he commits theft of:

(a) Property or services which exceed(s) two hundred and fifty dollars in value, but does not exceed one thousand five hundred dollars in value; or

(2) Theft in the second degree is a class C felony.

The Washington law, it will be noted, does not on its face include the requirement of fraudulent intent. The *Criminal Code* sections that define the crime of theft in Canada do, however, expressly contain this requirement. The relevant sections read as follows:

283. (1) Every one commits theft who fraudulently and without colour of right takes, or fraudulently and without colour of right converts to his use or to the use of another person, anything whether animate or inanimate, with intent,

(a) to deprive, temporarily or absolutely, the owner of it or a person who has a special property or interest in it, of the thing or of his property or interest in it,

coupable d'actes méritant une sanction. En ce qui concerne le principe de réciprocité, la règle joue de manière à dispenser un État d'avoir à extraditer des catégories de délinquants dont il n'aura jamais lui-même l'occasion de demander l'extradition. C'est là un point qui est loin d'être uniquement théorique, même à une époque où les normes tendent vers l'uniformité; rien qu'en Europe occidentale on constate des variations marquées dans les règles de droit criminel applicables notamment en matière d'avortement, d'adultère, d'euthanasie, d'homosexualité et de suicide. [Je souligne.]

Donc, suivant ce raisonnement, si on pouvait établir que la conduite du fugitif constituait tant au Canada que dans l'État de Washington l'infraction de vol visée à l'annexe du Traité, on satisferait à l'exigence de double criminalité.

Je suis donc d'accord avec l'argument de l'appellant selon lequel la règle de la double criminalité est fondée sur la conduite.

IV L'application de la règle

Monsieur Johnson a été déclaré coupable dans l'État de Washington de vol au deuxième degré. Cette infraction est ainsi définie:

[TRADUCTION] **9A.56.040. Vol au deuxième degré**

(1) Se rend coupable de vol au deuxième degré quiconque commet le vol:

a) de biens ou de services d'une valeur supérieure à deux cent cinquante dollars, mais inférieure à mille cinq cents dollars; ou

(2) le vol au deuxième degré constitue une infraction de catégorie C.

Il faut noter que la loi du Washington n'exige apparemment pas qu'il y ait une intention frauduleuse. Par contre, les articles du *Code criminel* qui définissent le crime de vol au Canada posent explicitement cette exigence. Les articles pertinents sont ainsi conçus:

283. (1) Commet un vol, quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée, avec l'intention

a) de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose,

(b) to pledge it or deposit it as security,
 (c) to part with it under a condition with respect to its return that the person who parts with it may be unable to perform, or

(d) to deal with it in such a manner that it cannot be restored in the condition in which it was at the time it was taken or converted.

290. (1) Every one commits theft who, having received anything from any person on terms that require him to account for or pay it or the proceeds of it or a part of the proceeds to that person or another person, fraudulently fails to account for or pay it or the proceeds of it or the part of the proceeds of it accordingly.

294. Except where otherwise provided by law, every one who commits theft

(b) is guilty

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

(ii) of an offence punishable on summary conviction,

where the value of what is stolen does not exceed two hundred dollars.

Accordingly, on the wording of the relevant statutory provisions, absent further knowledge of the Washington law of theft in the second degree, it cannot be said that Johnson's conduct would give rise to a conviction for theft had it taken place in Canada.

(a) *The Case for the Appellant*

It was the position of counsel for the appellant in this Court that neither the *Extradition Act* nor the *Canada-U.S.A. Extradition Treaty, 1976* required proof of the elements of the crime in the requesting state or a correspondence of such elements with the elements of the crime under the laws of Canada. The Court of Appeal erred in thinking that they did. All that had to be shown, the appellant submitted, was that the offence of which the fugitive had been convicted was listed in the Treaty, i.e., theft, and that "theft" is an offence under the *Criminal Code*. The double criminality rule, he submitted, required only that the conduct be criminal in both States but not that

b) de la mettre en gage ou de la déposer en garantie,

c) de s'en dessaisir à une condition, pour son retour, que celui qui s'en dessaisit peut être incapable de remplir, ou

d) d'agir à son égard de telle manière qu'il soit impossible de la remettre dans l'état où elle était au moment où elle a été prise ou détournée.

290. (1) Commet un vol quiconque, ayant reçu d'une personne une chose à des conditions qui l'astreignent à en rendre compte ou à la payer, ou à rendre compte ou faire le versement de la totalité ou d'une partie du produit à cette personne ou à une autre, frauduleusement omet d'en rendre compte ou de la payer, ou de rendre compte ou de faire le versement de la totalité ou partie du produit en conformité de ces conditions.

294. Sauf disposition contraire des lois, quiconque commet un vol

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 de ce qui est volé ne dépasse pas deux cents dollars.

Par conséquent, si l'on s'en tient au texte des dispositions pertinentes, et en l'absence de plus amples renseignements sur le droit du Washington concernant le vol au deuxième degré, on ne saurait prétendre que la conduite de Johnson aurait entraîné une déclaration de culpabilité de vol si elle avait eu lieu au Canada.

a) *Les arguments de l'appellant*

En cette Cour, l'avocat de l'appellant a fait valoir que ni la *Loi sur l'extradition* ni le *Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* n'exige qu'on fasse la preuve des éléments constituant le crime dans l'État requérant ni qu'on établisse une correspondance entre ces éléments et les éléments du crime prévu par les lois du Canada. C'est donc à tort que la Cour d'appel a estimé qu'ils l'imposaient. Tout ce qu'il faut démontrer, a soutenu l'appellant, est que l'infraction dont le fugitif a été reconnu coupable, c.-à-d. le vol, est mentionnée dans le *Traité* et que le «vol» est une infraction visée par le *Code criminel*. La règle de la double criminalité, a-t-il

the elements of the offences be the same. In other words, "theft in the second degree" in the State of Washington does not have to equate "theft" under the *Criminal Code* of Canada.

Counsel for the appellant relied on the House of Lord's decision in *In re Nielsen*, [1984] 1 A.C. 606, for the proposition that proof of the law of the requesting state was not required on an extradition hearing, only a description of the conduct leading to the conviction in that state. The sole issue was whether that conduct would constitute a crime in Canada also. He pointed out that the extradition judge in this case, having reviewed the conduct of the fugitive, concluded: "In my opinion those facts are such as to provide prima facie proof that the Canadian crime of theft, either under s. 283 or s. 290(1) of the Criminal Code, was committed. The element of fraud can be inferred by the failure to return the goods within a reasonable time".

(b) *The Case for the Respondent*

Counsel for the respondent directed our attention to the difference between s. 18(1)(a) and s. 18(1)(b) of the *Extradition Act*. Section 18(1)(a), he pointed out, deals with the circumstance where the fugitive has been convicted in the foreign state and s. 18(1)(b) with the circumstance where the fugitive has been charged in the foreign state. He submitted that where there had been a conviction, as in this case, the only question is whether the offence of which the fugitive was convicted is an extradition crime. Where, however, the fugitive has merely been charged in the foreign state the requirements are different. Not only must he have been charged with an extradition crime but such evidence must be produced "as would, according to the law of Canada . . . justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada". It is, counsel submitted, under s. 18(1)(b) that the issue of *prima facie* proof justifying committal arises. It does not arise under s. 18(1)(a) which is

plaidé, exige simplement qu'il s'agisse d'une conduite criminelle dans l'un et l'autre État, mais non que les éléments des infractions soient les mêmes. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que le
 a «vol au deuxième degré» dans l'État de Washington équivaille au «vol» aux termes du *Code criminel* du Canada.

L'avocat de l'appelant a invoqué l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *In re Nielsen*, [1984] 1 A.C. 606, pour appuyer la proposition selon laquelle dans le cadre d'une audience d'extradition il n'est pas nécessaire de prouver la règle de droit applicable dans l'État
 c requérant, mais simplement de décrire la conduite qui a mené à la déclaration de culpabilité dans ledit État. L'unique question à trancher est celle de savoir si cette conduite constituerait également un crime au Canada. L'avocat a fait remarquer
 d que le juge d'extradition en l'espèce, après avoir examiné la conduite du fugitif, a conclu: [TRADUCTION] «À mon avis, ces faits constituent une preuve prima facie suffisante de la perpétration du
 e crime canadien de vol, soit aux termes de l'art. 283 ou du par. 290(1) du Code criminel. L'élément de fraude peut s'inférer de l'omission de rendre les biens dans un délai raisonnable».

f) *Les arguments de l'intimé*

L'avocat de l'intimé a attiré notre attention sur la différence entre l'al. 18(1)a) et l'al. 18(1)b) de la *Loi sur l'extradition*. L'alinéa 18(1)a), a-t-il
 g souligné, traite du cas où le fugitif a été convaincu d'un crime dans l'État étranger tandis que l'al. 18(1)b) vise la situation où le fugitif a été accusé dans l'État étranger. L'avocat fait valoir que, quand il y a eu une déclaration de culpabilité,
 h comme c'est le cas en l'espèce, la seule question qui se pose est de savoir si l'infraction dont le fugitif a été reconnu coupable est un crime entraînant l'extradition. Toutefois, si le fugitif a simplement été accusé dans l'État étranger, les exigences
 i sont différentes. Non seulement il doit avoir été accusé d'un crime entraînant l'extradition, mais il doit produire une preuve «qui, d'après la loi du
 j Canada . . . justifierait son incarcération préventive, si le crime avait été commis au Canada». Selon l'avocat, c'est sous le régime de l'al. 18(1)b) qu'il est question d'une preuve *prima facie* suffi-

the applicable provision in this case. I would respectfully agree with this submission.

Counsel submitted further that there are two ways in which the appellant could establish under s. 18(1)(a) that the crime of which the fugitive had been convicted was an extradition crime. He could prove the foreign law under which the fugitive was convicted. This would have to be done in the manner required for proof of foreign law in a Canadian court. This route was not followed. Or he could produce the description of the conduct for which the fugitive was convicted and it could then be determined whether or not that same conduct taking place in Canada would constitute the offence here. This was done. However, the description of the conduct for which he was convicted did not, counsel for the respondent submitted, constitute an offence under either s. 283(1) or s. 290(1) of the *Criminal Code*. A necessary element for a conviction under either of these sections was a fraudulent intent and there was nothing in the description of the conduct for which the fugitive was convicted in the State of Washington to indicate the presence of such an intent. Accordingly, he submitted, counsel for the appellant failed to prove that the offence of which the fugitive was convicted was an "extradition offence" within the meaning of the *Extradition Act* and the *Canada-U.S.A. Extradition Treaty*, 1976.

I agree with the respondent that there are two methods by which double criminality could be established for the purposes of s. 18(1)(a). First, it could be established that Washington law required fraudulent intent for a conviction of the offence charged. This could be done either by showing that the text of the offence includes a requirement of fraudulent intent or by calling expert witnesses to testify that while fraudulent intent is not a requirement apparent on the face of the Washington statute, it is nevertheless required by the law of Washington. If either of these be shown, then

sante justifiant l'incarcération. Dans le cas de l'al. 18(1)a), qui est la disposition applicable en l'espèce, cette question ne se pose pas. Avec égards, je suis d'accord avec cet argument.

^a L'avocat a soutenu en outre qu'il y a deux façons dont l'appelant pourrait aux fins de l'al. 18(1)a) établir que le crime dont le fugitif a été convaincu était un crime entraînant l'extradition.

^b Soit qu'il prouve la loi étrangère en vertu de laquelle le fugitif a été déclaré coupable, auquel cas il faudrait procéder de la manière prévue pour faire la preuve d'une loi étrangère devant un tribunal canadien, ce qu'on n'a pas fait en l'espèce. Soit

^c qu'il produise la description de la conduite dont le fugitif a été déclaré coupable et, à ce moment-là, il serait possible de déterminer si cette même conduite, dans l'hypothèse où elle aurait lieu au

^d Canada, constituerait une infraction à la loi canadienne. C'est ainsi qu'on a procédé. Toutefois, la description de la conduite dont l'intimé a été déclaré coupable, a plaidé son avocat, ne correspond à une infraction ni au par. 283(1) ni au par. 290(1) du *Code criminel*. En effet, un élément nécessaire d'une déclaration de culpabilité en vertu de l'un ou l'autre paragraphe est l'intention frauduleuse et rien dans la description de la conduite dont le fugitif a été reconnu coupable dans l'État de Washington ne révèle la présence d'une telle intention. Par conséquent, fait-il valoir, l'avocat de l'appelant n'est pas parvenu à démontrer que l'infraction dont le fugitif a été convaincu était un

^e «crime entraînant l'extradition» au sens de la *Loi sur l'extradition* et du *Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*.

^h Je suis d'accord avec l'intimé qu'il existe deux moyens d'établir la double criminalité aux fins de l'al. 18(1)a). En premier lieu, on pourrait prouver que la loi du Washington exige une intention frauduleuse pour qu'il y ait déclaration de culpabilité de l'infraction imputée. On pourrait le faire en démontrant que le texte de l'infraction requiert l'intention frauduleuse ou encore en citant des témoins experts pour témoigner que, bien que la loi du Washington ne requière pas expressément une intention frauduleuse, cette intention doit néanmoins être présente selon le droit applicable au

evidence of a conviction under Washington law would constitute evidence that the fugitive's conduct would have amounted to theft under Canadian law. In this case, however, the text of the foreign law provided by the requesting state pursuant to Article 9(2) of the Treaty did not show that the Washington law required fraudulent intent. Neither was any expert evidence called on this issue.

The second method of showing that the double criminality requirement had been met would be to establish that the particular facts underlying the Washington charge would, if replicated in Canada, constitute an offence under either s. 283(1) or s. 290(1) of the *Criminal Code*. This was not done either. The facts underlying the Washington charge were laid out in the affidavits before the extradition judge. However, the extradition judge did not find that the facts contained evidence of fraudulent intent. He concluded rather that "the element of fraud can be inferred by [*sic*] the failure to return the goods within a reasonable time". With respect, I disagree with this conclusion. The failure to return goods within a reasonable time is consistent with a number of explanations other than fraud. The non-return could be due to forgetfulness, error or inability. The element of fraud cannot in a criminal prosecution be inferred from the fact of non-return alone: see, for example, *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.)

I would conclude, therefore, that the appellant has failed to establish that the respondent was convicted in Washington of an extradition crime. It follows that s. 18 of the *Extradition Act* does not authorize his committal for extradition.

The appeal is accordingly dismissed. Costs were not asked for and I would, in any event, make no order as to costs.

Appeal dismissed, BEETZ, McINTYRE and Le DAIN JJ. dissenting.

Washington. Si on établissait l'un ou l'autre de ces faits, la preuve d'une déclaration de culpabilité en vertu de la loi du Washington prouverait que la conduite du fugitif aurait constitué un vol en droit canadien. En l'espèce, cependant, il ne ressort pas du texte de la loi étrangère produit par l'État requérant en conformité avec l'article 9(2) du Traité que la loi de l'État de Washington requiert une intention frauduleuse. Par ailleurs, aucun expert n'a été cité pour déposer relativement à cette question.

La seconde méthode pour démontrer que l'exigence de la double criminalité a été remplie consiste à établir que les faits particuliers sur lesquels repose l'accusation portée dans l'État de Washington, s'ils avaient eu lieu au Canada, auraient constitué une infraction soit au par. 283(1) soit au par. 290(1) du *Code criminel*. On ne l'a pas fait non plus. Les événements donnant lieu à l'accusation portée dans l'État de Washington se trouvent exposés dans les affidavits déposés devant le juge d'extradition. Celui-ci n'a toutefois pas jugé que ces faits témoignaient d'une intention frauduleuse. Il a conclu plutôt que [TRADUCTION] «l'élément de fraude peut s'inférer de l'omission de rendre les biens dans un délai raisonnable». Avec égards, je rejette cette conclusion. L'omission de rendre des biens dans un délai raisonnable peut s'expliquer de plusieurs manières et non pas uniquement par la fraude. En effet, la non-restitution pourrait être attribuée à un oubli, à une erreur ou à une impossibilité. Dans une poursuite criminelle l'élément de fraude ne saurait être déduit du seul fait de la non-restitution: voir, par exemple, l'arrêt *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.)

Je conclus en conséquence que l'appelant n'a pas réussi à prouver que l'intimé a été convaincu dans l'État de Washington d'un crime entraînant l'extradition. Il s'ensuit que l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition* n'autorise pas son incarcération en vue d'une extradition.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté. Aucuns dépens n'avaient été demandés et je suis de toute façon d'avis de ne pas en accorder.

Pourvoi rejeté, les juges BEETZ, McINTYRE et Le DAIN sont dissidents.

*Solicitor for the appellants: Frank Iacobucci,
Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Gil McKinnon,
Vancouver.*

*Procureur des appelants: Frank Iacobucci,
Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: Gil McKinnon, Vancou-
ver.*

Myron L. Molchan *Appellant*

v.

Omega Oil and Gas Ltd., Omega Oil & Gas Ltd. carrying on business pursuant to the Limited Partnership Omega Oil and Gas Fund #1, Omega Hydrocarbons Ltd. and Thomas Jack Hall (otherwise known as Thomas J. Hall and Jack Hall) *Respondents*

INDEXED AS: MOLCHAN v. OMEGA OIL AND GAS LTD.

File No.: 19687.

1987: October 23; 1988: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Partnership — Relationship between general and limited partners — Partnership's capital exhausted and certain operations ceased — General Partner buying partnership's non-producing lands in return for common shares in parent company — Lands in turn sold to parent company — Whether or not general partner in breach of statutory duty not to do any act making it impossible to carry on the ordinary business of the limited partnership — Whether or not General Partner in breach of fiduciary duty to Limited Partner — Partnership Act, R.S.A. 1980, c. P-2, s. 55(b).

Courts — Appellate court jurisdiction — Whether or not appellate court's powers of review properly exercised — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 3 — Alberta Rules of Court, Rules 505, 518.

Omega Oil and Gas Fund #1 was a limited partnership consisting of 60 units with a 70 per cent interest in the partnership, and respondent Omega Oil and Gas Ltd. was a general partner with a 30 per cent interest in the partnership. When the partnership had exhausted all its apparent sources of capital for the partnership and discontinued drilling operations, the General Partner offered to purchase the Limited Partners' units with common shares in its parent company, Omega Hydrocarbons Ltd. A direct form of buy-out was precluded by tax considerations. The General Partner then sold all the non-producing lands of the partnership to Hydrocarbons and the proceeds were applied to the reduction of bank

Myron L. Molchan *Appellant*

c.

Omega Oil and Gas Ltd., Omega Oil & Gas Ltd. exploitant une entreprise sous le régime de la société en commandite Omega Oil and Gas Fund #1, Omega Hydrocarbons Ltd. et Thomas Jack Hall (connu également sous les noms de Thomas J. Hall et de Jack Hall) *Intimés*

RÉPERTORIÉ: MOLCHAN c. OMEGA OIL AND GAS LTD.

N° du greffe: 19687.

c 1987: 23 octobre; 1988: 25 février.

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

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

Société — Rapports entre commandité et commanditaires — Épuisement du capital de la société et cessation de certaines activités — Achat par le commandité des terres inexploitées de la société en contrepartie d'actions ordinaires de la compagnie mère — Vente subséquente de ces terres à la compagnie mère — Le commandité a-t-il violé l'obligation légale de ne rien faire qui rende impossible l'exercice des activités normales de la société en commandite? — Le commandité a-t-il manqué à son obligation de fiduciaire envers le commanditaire? — Partnership Act, R.S.A. 1980, chap. P-2, art. 55b).

Tribunaux — Compétence de la cour d'appel — La cour d'appel a-t-elle exercé régulièrement ses pouvoirs de révision? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 3 — Alberta Rules of Court, art. 505, 518.

La société en commandite Omega Oil and Gas Fund #1 était constituée d'un groupe de commanditaires qui détenaient 60 parts représentant un intérêt de 70 pour 100 dans la société, et d'un commandité, l'intimée Omega Oil and Gas Ltd., dont la participation dans la société était de 30 pour 100. Lorsque la société eut épuisé toutes ses sources apparentes de capitaux et interrompu ses activités de forage, le commandité a offert d'échanger les parts des commanditaires contre des actions ordinaires de sa compagnie mère, Omega Hydrocarbons Ltd. Des considérations fiscales empêchaient toute forme de rachat direct. Le commandité a alors vendu toutes les terres inexploitées de la société à Hydrocarbons et le produit de la vente a été affecté à la réduction de la dette bancaire. On n'a pas prétendu que

debt. No issue was raised as to the adequacy of such price. The partnership retained certain lands.

The appellant rejected the offer to purchase and commenced an action. The case was ordered to proceed on the issue of liability only, with an accounting to be held by subsequent trial if the plaintiff were successful on the issue of liability. At the trial as to liability, it was found that (1) the sale of the non-producing lands breached the *Partnership Act*; (2) the partnership continued to subsist; (3) Hydrocarbons and the General Partner were *de facto* one entity; and (4) Hydrocarbons acquired the non-producing lands knowing that the transfer was in breach of the Act. An accounting was ordered. The Alberta Court of Appeal did not directly reverse the finding that sale of these lands breached the *Partnership Act* but rather considered the fiduciary duty arising in the operation of the Limited Partnership. It dismissed appellant's claim for the return of the non-producing lands to the General Partner.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ.: The plaintiff can only complain of the General Partner's sale of assets if the partnership agreement was breached or if the sale contravened a statute or some rule of common law.

The partnership is still in existence and is in receipt of oil and gas revenue. Neither the producing lands nor an interest in lands were conveyed away or otherwise disposed of by the General Partner. The disposition of the non-producing properties, by itself, did not make it impossible to carry on the ordinary business of the partnership and the announcement of present plans not to drill was not by itself conclusive evidence of the impossibility of conducting the ordinary business of the partnership. Section 55(b) of the *Partnership Act* does not require that all facets of the ordinary business of the partnership be rendered impossible but rather refers to a substantial portion of its ordinary business.

The condition prescribed in s. 55(b) has, by necessary implication, not been met. The ongoing income of the partnership from oil and gas properties, the ownership of interests in oil and gas properties, and the ownership of capped gas wells must form a part of the expression "operating oil, gas and other mineral properties and interests" used in the limited partnership agreement in defining the objects and the undertaking of the partnership.

le prix de vente était insuffisant. La société a conservé certaines terres.

L'appelant a refusé l'offre d'achat et a intenté une action en justice. Il a été ordonné que le procès porte uniquement sur la question de la responsabilité et qu'une reddition de comptes soit reportée au procès qui serait tenu subséquemment si jamais le demandeur avait gain de cause sur la question de la responsabilité. Au procès portant sur la responsabilité, il a été jugé: (1) que la vente des terres inexploitées contrevenait à la *Partnership Act*, (2) que la société subsistait, (3) que Hydrocarbons et le commandité constituaient de fait une seule et même entité, et (4) que Hydrocarbons avait acquis les terres inexploitées tout en sachant que la cession enfreignait la Loi. Une reddition de comptes a été ordonnée. La Cour d'appel de l'Alberta n'a pas directement infirmé la constatation que la vente de ces terres enfreignait la *Partnership Act*, mais elle a plutôt pris en considération l'obligation de fiduciaire découlant des activités de la société en commandite. Elle a rejeté la demande de l'appelant visant à obtenir la restitution des terres inexploitées au commandité.

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, Estey, McIntyre et Lamer: Le demandeur ne peut se plaindre de la vente d'éléments d'actif faite par le commandité que s'il y a eu violation du contrat de société ou si la vente va à l'encontre d'une loi ou d'une règle de *common law*.

La société existe encore et tire des recettes de la production de pétrole et de gaz. Le commandité n'a pas cédé ni aliéné de quelque autre manière les terres exploitées ou des droits sur des terres. L'aliénation des terres inexploitées n'a pas rendu en soi impossible l'exercice des activités normales de la société et l'expression de l'intention actuelle de ne pas forer n'est pas en soi une preuve concluante de l'impossibilité d'exercer les activités normales de la société. L'alinéa 55b) de la *Partnership Act* ne requiert pas qu'il devienne impossible d'exercer les activités normales de la société sous tous leurs aspects, mais désigne plutôt une partie importante de ses activités normales.

Il découle nécessairement que la condition prescrite par l'al. 55b) n'a pas été remplie. Les recettes que la société continue à tirer de terres pétrolières et gazéifères, la possession de droits sur de telles terres, ainsi que de puits de gaz fermés doivent faire partie de ce qui est envisagé par l'expression «l'exploitation de terres pétrolières, gazéifères et minéralisées . . . ainsi que de droits sur ces terres» employée dans l'énoncé des objets et de la nature de l'entreprise de la société en commandite, qui figure dans le contrat constitutif de la société.

The partnership agreement, while granting power of sale to the General Partner, contained no express term whereunder the General Partner could sell partnership assets to itself. Special provisions in the partnership agreement recognize that the General Partner may carry on transactions with the partnership or otherwise which may conflict with the interests of the partnership and the other partners.

The highest status of the General Partner under the limited partnership is assumed to be that of a trustee holding the properties of the partnership on behalf of all other partners. A purchase of trust property by a trustee is voidable within a reasonable time at the instance of any beneficiary. This rule as applied to corporate fiduciaries, however, is subject to exceptions when those to whom the duty is owed have agreed to such exceptions or have consented to a sale of assets to the fiduciary with full knowledge of that sale. Further, in certain special circumstances a court of equity may approve a sale of trust assets to a trustee and there was no justification for a denial of that approval if sought. Canadian courts have indicated *ex post facto* approval of sales to a trustee will be given in exceptional circumstances.

Respondent owed appellant a fiduciary duty but that duty was not breached by the sale of the non-producing lands. There was no evidence or finding of bad faith or of any attempt to pay inadequate compensation. The sale was in the partnership's best interest, given its strained financial situation, and the partnership agreement provided the General Partner with power to dispose of properties at its discretion.

At the time of its approval of this sale the Court of Appeal was not in a position that it had no alternative but to approve. The Court of Appeal by dismissing appellant's action thereby denied his claim for an order directing the return of the non-producing lands to the General Partner. It therefore necessarily determined that the sale breached no fiduciary duty arising in the respondent General Partner in favour of the appellant, or at least did not do so in the special relationships here existing between the parties. Assuming such transfer requires judicial approval, it follows that the retrospectivity of that approval would not, in the Court of Appeal's view, be a bar.

Per Wilson J. (dissenting): The trial judge found on the evidence that the sale of the non-producing lands of the partnership made it impossible to carry on the

Le contrat de société, bien qu'il investisse le commandité d'un pouvoir de vente, ne contient pas de disposition autorisant expressément ledit commandité à se vendre à lui-même des biens de la société. Il renferme des dispositions spéciales qui reconnaissent que le commandité peut effectuer, avec ou sans la société, des opérations susceptibles d'entrer en conflit avec les intérêts de la société et des autres associés.

Le statut le plus élevé du commandité sous le régime de la société en commandite est, présument, celui d'un fiduciaire qui détient pour le compte de tous les autres associés les biens de la société. L'achat de biens en fiducie par un fiduciaire est annulable dans un délai raisonnable à la demande de tout bénéficiaire. Lorsqu'elle est appliquée à des fiduciaires qui sont des personnes morales, cette règle souffre toutefois des exceptions si les créanciers de l'obligation ont approuvé ces exceptions ou ont consenti en parfaite connaissance de cause à la vente de biens au fiduciaire. De plus, dans certaines circonstances spéciales, une cour d'*equity* peut approuver une vente de biens en fiducie à un fiduciaire et il n'y avait aucune raison de refuser cette approbation si on la demandait. Les tribunaux canadiens ont indiqué que des ventes à un fiduciaire seront approuvées après coup s'il existe des circonstances exceptionnelles.

L'intimée avait une obligation de fiduciaire envers l'appelant, mais aucun manquement à cette obligation n'a été commis en vendant les terres inexploitées. Il n'y a eu aucune preuve ou constatation de mauvaise foi ou de tentative de payer une contrepartie insuffisante. La vente était pour le plus grand avantage de la société, compte tenu de sa situation financière précaire, et le contrat de société habilitait le commandité à aliéner les terres comme bon lui semblait.

Au moment où elle a approuvé la vente en cause, la Cour d'appel ne se trouvait pas dans une situation où elle ne pouvait pas faire autrement. En rejetant l'action de l'appelant, la Cour d'appel a du même coup rejeté sa demande d'ordonnance en restitution des terres inexploitées au commandité. Par conséquent, elle a nécessairement décidé que la vente ne constituait pas un manquement à l'obligation de fiduciaire qu'avait le commandité intimé envers l'appelant ou, à tout le moins, qu'il n'y avait pas eu de manquement dans le contexte des rapports spéciaux existant en l'espèce entre les parties. S'il faut qu'une telle cession reçoive l'approbation des tribunaux, il s'ensuit que, selon la Cour d'appel, le fait que cette approbation doit être accordée rétroactivement ne constitue pas un empêchement.

Le juge Wilson (dissidente): Le juge de première instance a conclu de la preuve soumise que la vente des terres inexploitées de la société avait rendu impossible

ordinary business of the partnership as reflected in its constitutive documents. Where a trial judge makes a finding of fact based in part on the credibility of witnesses, an appeal court should not overturn that finding unless it can be shown that the finding was “palpably wrong”. The Court of Appeal did not expressly overturn the trial judge’s finding. Even if it could be said that it did so impliedly by dismissing the appellant’s action, it did so without identifying any palpable error. The trial judge was entitled to make the finding he did on the evidence and, having made a finding of liability, made a valid order for accounts and inquiries pursuant to the *Partnership Act* and the *Alberta Rules of Court*.

The Court of Appeal, having found no error by the trial judge, in effect conducted a trial *de novo* on the issue of breach of fiduciary duty, a matter not canvassed at all by the trial judge. Finding no breach, it dismissed the appellant’s action. Accordingly, after succeeding at trial the appellant found himself out of court, not because the Court of Appeal found the trial judge erred in finding liability for breach of the *Partnership Act*, but because the Court of Appeal could find no liability for breach of fiduciary duty.

The *Partnership Act* gives limited partners broad rights of account and information when circumstances, such as a breach of s. 55(b) of the Act, render it just and reasonable. It is not necessary to seek a dissolution. An accounting without a dissolution is appropriate where, as in this case, the propriety of a specific transaction only is attacked. The partners can then sue for an accounting to obtain whatever benefit is due to them as a result of that transaction. The trial judge’s order was also a reasonable exercise of the trial judge’s discretion to direct accounts or inquiries under the *Alberta Rules of Court*.

On the issue of breach of fiduciary duty the sale by the General Partner of the non-producing lands of the partnership to itself, without the consent of all the Limited Partners, is a classic breach. The fiduciary must not sell to himself or herself property which rightly belongs to the *cestui que trust*. Any such sale is voidable

l’exercice de ses activités normales indiquées dans ses actes constitutifs. Lorsqu’un juge de première instance constate un fait en se fondant en partie sur la crédibilité de témoins, une cour d’appel ne devrait pas infirmer cette constatation à moins qu’il puisse être démontré qu’elle était «manifestement erronée». La Cour d’appel n’a pas infirmé expressément la constatation du juge de première instance. Même si on pouvait dire qu’elle l’a fait implicitement en rejetant l’action de l’appelant, elle l’aurait fait sans déceler aucune erreur manifeste. La preuve soumise habilitait le juge de première instance à faire la constatation qu’il a faite et celui-ci, ayant constaté qu’il y avait responsabilité, a rendu une ordonnance valide de reddition de comptes et d’investigation conformément à la *Partnership Act* et aux *Alberta Rules of Court*.

Ayant conclu que le juge de première instance n’avait commis aucune erreur, la Cour d’appel a, en fait, tenu un procès *de novo* sur la question du manquement à une obligation de fiduciaire, qui n’avait absolument pas été examinée par le juge de première instance. Après avoir conclu qu’il n’y avait pas eu de manquement à cette obligation, elle a rejeté l’action de l’appelant. Par conséquent, après avoir eu gain de cause en première instance, l’appelant se retrouve débouté non parce que la Cour d’appel a jugé que le juge de première instance a eu tort de conclure à la responsabilité pour infraction à la *Partnership Act*, mais parce qu’elle n’a pu conclure à aucune responsabilité pour manquement à une obligation de fiduciaire.

La *Partnership Act* confère aux commanditaires des droits généraux en matière de reddition de comptes et d’information lorsque les circonstances, comme une infraction à son al. 55b), font que cela est juste et raisonnable. Il n’est pas nécessaire de demander la dissolution. Une reddition de comptes sans dissolution est indiquée lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, la régularité d’une seule opération précise est contestée. Les associés peuvent alors tenter une action en vue d’obtenir une reddition de comptes de manière à récupérer tout bénéfice qui leur est dû par suite de cette opération. L’ordonnance du juge de première instance constituait également un exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire d’ordonner une reddition de comptes et une investigation, que lui confèrent les *Alberta Rules of Court*.

Quant à la question du manquement à une obligation de fiduciaire, la vente, faite par le commandité à lui-même, des terres inexploitées de la société, sans le consentement de tous les commanditaires, constitue un manquement classique à cette obligation. La personne fiduciaire ne saurait se vendre à elle-même les biens

at the instance of the limited partners even if the General Partner acted in good faith and paid a fair consideration for the property. It would take the clearest of language in the constitutive documents of the partnership to permit such a sale and no such language is present. The partnership agreement did not go so far as to permit the sale of partnership assets by the General Partner to itself.

This was not an appropriate case for *ex post facto* court approval. Respondent could not show that the sale of the property was necessary, that no other purchaser was forthcoming or was likely to come forward within a reasonable time and that its offer in the circumstances was a favourable one. The onus of establishing this was on the respondents and not on the appellant to show prejudice from the sale of the partnership's non-producing assets. Moreover, it was an almost impossible onus for the respondents to meet having regard to the trial judge's finding that the sale violated s. 55(b) of the *Partnership Act*. Indeed, if the trial judge is correct and his finding in that regard has not been reversed, the jurisdiction of a court to give retrospective approval to such a sale may be a matter of considerable doubt.

Cases Cited

By Estey J.

Referred to: *Lumley v. Wagner* (1852), 1 De G. M. & G. 604, 42 E.R. 687; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749; *Ex P. James* (1803), 8 Ves. Jun. 337, 32 E.R. 385; *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers* (1854), 1 Macq. 461; *Holder v. Holder*, [1968] Ch. 353; *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378; *Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleum Ltd.* (1975), 60 D.L.R. (3d) 658; *Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co.*, [1958] S.C.R. 314; *In re Baskerville Estate*, [1946] 3 W.W.R. 347; *Re Courtney and Mackie* (1972), 23 D.L.R. (3d) 564; *Campbell v. Walker* (1800), 5 Ves. Jun. 678, 31 E.R. 801; *Farmer v. Dean* (1863), 32 Beav. 327, 55 E.R. 128; *Tenant v. Trenchard* (1869), 4 Ch. App. 537.

By Wilson J. (dissenting)

Stein v. The Ship "Kathy K", [1976] 2 S.C.R. 802; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 S.C.R. 865; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Lewis v. Todd*, [1980] 2 S.C.R. 694; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Colberg v.*

appartenant de droit au *cestui que trust*. Toute vente de ce genre est annulable à la demande des commanditaires, même si le commandité a agi de bonne foi et a versé une juste contrepartie pour les biens. Il faudrait une stipulation des plus claires dans les actes constitutifs de la société pour autoriser ce genre de vente; or aucune stipulation de ce genre ne s'y trouve. Le contrat de société n'allait pas jusqu'à permettre que le commandité se vende à lui-même les avoirs de la société.

Il ne s'agit pas d'un cas qui se prête à une approbation judiciaire après coup. L'intimée n'a pu démontrer que la vente du bien était nécessaire, qu'aucun autre acheteur ne s'est présenté ou n'était susceptible de se présenter dans un délai raisonnable et que son offre, eu égard aux circonstances, était avantageuse. Il incombait aux intimés de le faire, et non pas à l'appelant de démontrer le préjudice que lui causait la vente des biens inexploités de la société. En outre, il était à peu près impossible aux intimés de s'acquitter de cette obligation, si l'on considère la constatation du juge de première instance que la vente a enfreint l'al. 55b) de la *Partnership Act*. En fait, si le juge de première instance a raison, et sa constatation à cet égard n'a pas été infirmée, on peut douter fort qu'un tribunal ait compétence pour approuver rétroactivement une vente de ce genre.

Jurisprudence

Citée par le juge Estey

Arrêts mentionnés: *Lumley v. Wagner* (1852), 1 De G. M. & G. 604, 42 E.R. 687; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749; *Ex P. James* (1803), 8 Ves. Jun. 337, 32 E.R. 385; *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers* (1854), 1 Macq. 461; *Holder v. Holder*, [1968] Ch. 353; *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378; *Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleum Ltd.* (1975), 60 D.L.R. (3d) 658; *Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co.*, [1958] R.C.S. 314; *In re Baskerville Estate*, [1946] 3 W.W.R. 347; *Re Courtney and Mackie* (1972), 23 D.L.R. (3d) 564; *Campbell v. Walker* (1800), 5 Ves. Jun. 678, 31 E.R. 801; *Farmer v. Dean* (1863), 32 Beav. 327, 55 E.R. 128; *Tenant v. Trenchard* (1869), 4 Ch. App. 537.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Stein c. Le navire «Kathy K», [1976] 2 R.C.S. 802; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 R.C.S. 865; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Lewis c. Todd*, [1980] 2 R.C.S. 694; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Colberg v.*

Braunberger's Estate (1978), 12 A.R. 183; *Carter v. Ferguson*, [1943] 2 W.W.R. 38; *Clarke v. Gerbrandt* (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 289; *Angus v. City of Edmonton* (1977), 3 A.R. 116; *Ex P. James* (1803), 8 Ves. Jun. 337, 32 E.R. 385; *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers* (1854), 1 Macq. 461; *Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleums Ltd.* (1975), 60 D.L.R. (3d) 658; *Malone's Guardian Ad Litem v. Malone*, 73 S.W.2d 38 (1934); *Honeywell v. Dominick*, 76 S.E.2d 59 (1953); *Clay v. Thomas*, 198 S.W. 762 (1917); *Morse v. Hill*, 136 Mass. 60 (1883); *Farley v. Davis*, 116 P.2d 263 (1941); *Campbell v. Walker* (1800), 5 Ves. Jun. 678, 31 E.R. 801; *Farmer v. Dean* (1863), 32 Beav. 327, 55 E.R. 128; *Tennant v. Trenchard* (1869), 4 Ch. App. 537; *Holder v. Holder*, [1968] Ch. 353; *Re Courtney and Mackie* (1972), 23 D.L.R. (3d) 564; *Re Mitchell Estates* (1956), 19 W.W.R. 86; *Re Nathanson* (1971), 18 D.L.R. (3d) 495.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, ss. 418, 505, 518.
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 3.
Partnership Act, R.S.A. 1980, c. P-2, ss. 55(b), 57(b).

Authors Cited

Halsbury's Laws of England, vol. 48, 4th ed. London: Butterworths, 1984.
 Lindley, Nathaniel Lindley, Baron. *Lindley on Partnership*, 14th ed. By Ernest H. Scamell and R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1979.
Practice Direction, [1975] 1 All E.R. 255.
 Scott, Austin Wakeman. *Law of Trusts*, vol. 2A, 4th ed. By Austin Wakeman Scott and William Franklin Fratcher. Boston: Little, Brown & Co., 1987.
Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., "Possible". Oxford: Clarendon Press, 1959.
 Snell, Edmund Henry Turner. *The Principles of Equity*, 27th ed. By Robert Megarry and P. V. Baker. London: Sweet & Maxwell, 1973.
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*. Toronto: Carswells, 1974.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1985), 63 A.R. 369, 40 Alta. L.R. (2d) 251, allowing an appeal from a judgment of Shannon J., [1984] 3 W.W.R. 246, 51 A.R. 54, 30 Alta. L.R. (2d) 161, on the issue of liability. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting.

Marvin V. McDill, Q.C., and *Leslie L. Fryers*, for the appellant.

Braunberger's Estate (1978), 12 A.R. 183; *Carter v. Ferguson*, [1943] 2 W.W.R. 38; *Clarke v. Gerbrandt* (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 289; *Angus v. City of Edmonton* (1977), 3 A.R. 116; *Ex P. James* (1803), 8 Ves. Jun. 337, 32 E.R. 385; *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers* (1854), 1 Macq. 461; *Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleums Ltd.* (1975), 60 D.L.R. (3d) 658; *Malone's Guardian Ad Litem v. Malone*, 73 S.W.2d 38 (1934); *Honeywell v. Dominick*, 76 S.E.2d 59 (1953); *Clay v. Thomas*, 198 S.W. 762 (1917); *Morse v. Hill*, 136 Mass. 60 (1883); *Farley v. Davis*, 116 P.2d 263 (1941); *Campbell v. Walker* (1800), 5 Ves. Jun. 678, 31 E.R. 801; *Farmer v. Dean* (1863), 32 Beav. 327, 55 E.R. 128; *Tennant v. Trenchard* (1869), 4 Ch. App. 537; *Holder v. Holder*, [1968] Ch. 353; *Re Courtney and Mackie* (1972), 23 D.L.R. (3d) 564; *Re Mitchell Estates* (1956), 19 W.W.R. 86; *Re Nathanson* (1971), 18 D.L.R. (3d) 495.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, art. 418, 505, 518.
Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 3.
Partnership Act, R.S.A. 1980, chap. P-2, art. 55b), 57b).

Doctrine citée

Halsbury's Laws of England, vol. 48, 4th ed. London: Butterworths, 1984.
 Lindley, Nathaniel Lindley, Baron. *Lindley on Partnership*, 14th ed. By Ernest H. Scamell and R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1979.
Practice Direction, [1975] 1 All E.R. 255.
 Scott, Austin Wakeman. *Law of Trusts*, vol. 2A, 4th ed. By Austin Wakeman Scott and William Franklin Fratcher. Boston: Little, Brown & Co., 1987.
Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., «Possible». Oxford: Clarendon Press, 1959.
 Snell, Edmund Henry Turner. *The Principles of Equity*, 27th ed. By Robert Megarry and P. V. Baker. London: Sweet & Maxwell, 1973.
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*. Toronto: Carswells, 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1985), 63 A.R. 369, 40 Alta. L.R. (2d) 251, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Shannon, [1984] 3 W.W.R. 246, 51 A.R. 54, 30 Alta. L.R. (2d) 161, portant sur la question de la responsabilité. Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente.

Marvin V. McDill, c.r., et *Leslie L. Fryers*, pour l'appellant.

Gerard C. Hawco and Randall Block, for the respondents.

The judgment of Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ. was delivered by

ESTEY J.—This appeal raises issues under the law related to limited partnerships in the Province of Alberta and most particularly the conduct of certain oil and gas development operations pursuant to a limited partnership agreement between the parties to this appeal and others. The limited partnership consists of 60 units, originally held by a group of Limited Partners, which represent in all a 70 per cent interest in the partnership, and a General Partner (the respondent Omega Oil and Gas Ltd.) which owns 30 per cent of the partnership. By the time these proceedings were commenced the parent company of the General Partner (Omega Hydrocarbons Ltd.) had bought 59 of the 60 limited partner units leaving the plaintiff as the only continuing “outside” Limited Partner. The plaintiff holds one of the 60 units.

The statement of facts recited by the trial judge and added to but not rejected by the Court of Appeal reveals that after a general discussion between the General Partner and the Limited Partners, the General Partner considered what might be done to improve the position of the Limited Partners who were seeking some realization on their interest units. At that time the partnership had expended all the moneys advanced to its capital account by the Limited Partners, had expended all the moneys borrowed by the partnership from the bank and from Hydrocarbons, and there were no other apparent sources of capital for the partnership. Accordingly, drilling operations were discontinued. The direct solution to the problem of the Limited Partners would have been to have Hydrocarbons reacquire the assets of the partnership so as to return to the Limited Partners on a cessation of the partnership some part at least of the moneys paid into the venture by those partners. It is said in the judgment of the Court of Appeal, and no issue was taken before this Court by any counsel, that tax implications for the Lim-

Gerard C. Hawco et Randall Block, pour les intimés.

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, McIntyre et Lamer rendu par

LE JUGE ESTEY—Ce pourvoi soulève des questions qui relèvent du droit albertain applicable aux sociétés en commandite et qui concernent plus particulièrement la conduite de certaines activités de développement pétrolier et gazier entreprises conformément à un contrat de société en commandite conclu par les parties au présent pourvoi et par d'autres personnes. La société en commandite se composait initialement d'un groupe de commanditaires qui détenaient 60 parts représentant en tout un intérêt de 70 pour 100 dans la société, et d'un commandité (l'intimée Omega Oil and Gas Ltd.), dont l'intérêt dans la société était de 30 pour 100. Au moment où les présentes procédures ont été entamées, la société mère du commandité (Omega Hydrocarbons Ltd.) avait acheté 59 des 60 parts des commanditaires, de sorte que le demandeur, avec sa part unique, était le seul commanditaire «étranger» qui restait.

Il ressort de l'exposé des faits qu'a présenté le juge de première instance et que la Cour d'appel n'a pas rejeté, bien qu'elle y ait ajouté des détails, que le commandité, à la suite d'une discussion générale avec les commanditaires, s'est penché sur la question de savoir ce qui pourrait être fait pour améliorer la situation des commanditaires qui cherchaient à obtenir une certaine réalisation de leurs parts dans la société. À cette époque, la société avait dépensé tous les fonds versés par les commanditaires dans son compte capital ainsi que la totalité des sommes qu'elle avait empruntées à la banque et à Hydrocarbons et ne disposait apparemment d'aucune autre source de capitaux. Par conséquent, les activités de forage ont été interrompues. Pour régler directement le problème des commanditaires, il aurait fallu que Hydrocarbons acquière de nouveau les biens de la société de manière à assurer aux commanditaires, lors de sa dissolution, le remboursement d'au moins une partie des fonds qu'ils avaient placés dans l'entreprise. On affirme dans l'arrêt de la Cour d'appel, ce qu'aucun avocat n'a contesté devant cette Cour,

ited Partners were unfavourable and accordingly this direct route could not be followed.

As a result it was apparently agreed between some of the Limited Partners and the General Partner that Hydrocarbons would make an offer to purchase the units held in the partnership by the Limited Partners. Accordingly an offer was made for the purchase of those units by the delivery to the unitholders of common shares in Hydrocarbons for each of the 60 units. This offer was accepted by the holders of 59 of the 60 units, the one rejection coming from the appellant. According to his evidence, the appellant rejected the offer from Hydrocarbons because the conversion rate on the market for the offered shares was too low and therefore did not equal his view of the value of his unit. The Limited Partners had contributed \$25,000 to the capital of the partnership for each unit. At the time of the share exchange the shares had a market value of approximately \$25,120 for each unit. At the time of trial the market value was approximately \$130,000. Apparently no issue was taken by the appellant at that time as to the illegality of such an offer by Hydrocarbons. Thereafter, on August 18, 1981 the General Partner sold to Hydrocarbons all the non-producing lands of the partnership for \$315,581 which was applied to the reduction of bank debt. The price was established by independent valuation and no issue is raised in these proceedings as to the adequacy of such price. The partnership retained certain lands.

The appellant in the rather lengthy amended statement of claim asked the Court to restore all the mineral properties which had been, at the time of the formation of the partnership, assigned to the General Partner on behalf of the partnership; for an order that all benefits received by Hydrocarbons from lands surrounding the partnership lands be held in trust for the appellant, that Hydrocarbons account to the appellant for all revenues received on the partnership account after May 15, 1981, and that the General Partner distribute to the appellant his share of revenues received by the partnership; for damages; and finally for "an order

qu'en raison des conséquences fiscales désavantageuses pour les commanditaires, cette façon de régler directement le problème ne pouvait être adoptée.

^a Il s'en est suivi que certains commanditaires et le commandité se sont apparemment convenus que Hydrocarbons offrirait d'acheter les parts détenues dans la société par les commanditaires. En conséquence, on a effectivement fait une offre d'achat aux termes de laquelle les détenteurs desdites parts recevraient des actions ordinaires de Hydrocarbons en échange de chacune des 60 parts. Les détenteurs de 59 des 60 parts ont accepté l'offre, l'appellant étant le seul à la rejeter. Selon sa déposition, il a rejeté l'offre de Hydrocarbons parce que le taux courant de conversion des actions offertes était trop bas et qu'il ne correspondait donc pas à ce qu'il croyait être la valeur de ladite part. Or, chaque part représentait un apport par les commanditaires de 25 000 \$ au capital de la société. Quand l'échange a eu lieu, les actions attribuées pour chaque part avaient une valeur marchande approximative de 25 120 \$. Au moment du procès, cette valeur marchande était d'environ 130 000 \$. Il semble que l'appellant n'a pas soulevé, à l'époque, la question de l'illégalité de cette offre de Hydrocarbons. Par la suite, le 18 août 1981, le commandité a vendu à Hydrocarbons toutes les terres inexploitées de la société, pour la somme de 315 581 \$ qui a été affectée à la réduction de la dette bancaire. Ce prix a été fixé au moyen d'une évaluation indépendante et on ne prétend pas en l'espèce qu'il soit insuffisant. La société a par ailleurs conservé certaines terres.

^a Dans une assez longue déclaration modifiée, l'appellant a demandé à la cour d'ordonner la restitution de toutes les terres minéralisées qui, au moment de la formation de la société, avaient été cédées au commandité au nom de la société, en plus d'ordonner que tous les bénéficiaires que Hydrocarbons a tirés des terres entourant celles de la société soient gardés en fiducie pour l'appellant. Il a demandé, en outre, que Hydrocarbons lui rende compte de toutes les recettes touchées pour le compte de la société après le 15 mai 1981 et que le commandité lui verse la part des recettes de la société qui lui revenait. Il a demandé enfin des

requiring the defendants [respondents] to specifically perform their duties and obligations pursuant to Fund #1 (the partnership agreement)". It is noted that the appellant in his statement of claim does not ask either for a dissolution of the partnership or for an order reversing the purchase by Hydrocarbons of the 59 units held by the other Limited Partners.

In response to these pleadings and the record established at a trial of the issue of liability only, the learned trial judge set out the following issue at the outset of his reasons for judgment:

What are the rights of a Limited Partner when the limited partnership has been effectively terminated in these circumstances:

- (a) the assets of the limited partnership were sold and transferred by the General Partner without his consent;
- (b) all of the other partners concurred in the transaction and exchanged their interests for shares of the company that purchased the assets; and
- (c) the General Partner contends that the transactions were in the best interests of all interested parties due to the financial inability of the limited partnership to carry on its normal business.

While the issue is framed essentially in the form of a finding, the judgment does not go on to make precise or express findings with reference to the opening expression "the limited partnership has been effectively terminated". The trial proceeded solely on the issue of liability pursuant to a pre-trial order, and the question of an accounting was left to a subsequent trial if liability be found in the defendants or any of them. The trial judge reached the following conclusions with reference to liability:

1. The sale by the General Partner of the non-producing lands was in breach of s. 55(b) of the *Partnership Act*;

dommages-intérêts ainsi qu' [TRADUCTION] «une ordonnance enjoignant aux défendeurs [intimés] d'exécuter intégralement les devoirs et obligations qui leur incombent par suite de la création de la société en commandite». On souligne que, dans sa déclaration, l'appelant ne demande ni la dissolution de la société ni une ordonnance annulant l'achat par Hydrocarbons des 59 parts détenues par les autres commanditaires.

Devant ces conclusions et compte tenu de ce qui s'était dégagé d'un procès portant uniquement sur la question de la responsabilité, le savant juge de première instance a formulé au début de ses motifs de jugement la question suivante:

[TRADUCTION] Quels sont les droits d'un commanditaire lorsque la société en commandite a été effectivement dissoute dans les circonstances exposées ci-après:

- a) le commandité a effectué sans le consentement dudit commanditaire la vente et la cession de l'actif de la société en commandite;
- b) tous les autres commanditaires ont approuvé l'opération susmentionnée et ont échangé leurs parts contre des actions de la société qui s'est portée acquéreur de l'actif; et
- c) le commandité soutient qu'en effectuant les opérations en question il a agi pour le plus grand avantage de toutes les parties intéressées parce que la société en commandite se trouvait dans l'incapacité financière d'exercer ses activités normales.

Bien que la question revête essentiellement la forme d'une conclusion, le jugement ne contient aucune conclusion précise ou expresse concernant l'expression «la société en commandite a été effectivement dissoute» que l'on trouve au début. Conformément à une ordonnance préliminaire, le procès a porté uniquement sur la question de la responsabilité et la question de la reddition de comptes a été reportée au procès qui serait tenu subséquentement si jamais on concluait à la responsabilité des défendeurs ou de l'un ou l'autre d'entre eux. Voici ce qu'a décidé le juge de première instance relativement à la responsabilité:

1. La vente des terres inexploitées par le commandité enfreignait l'al. 55b) de la *Partnership Act*;

2. The partnership though inactive is still in existence;
3. The parent and subsidiary, Omega Hydrocarbons and Omega O&G (the General Partner), were *de facto* one and the same entity so that the parent, Hydrocarbons, was "the *de facto* General Partner";
4. Hydrocarbons acquired the non-producing lands knowing that their transfer was in breach of the *Partnership Act*.

The question ultimately answered by the trial judge was that the respondent had, by the sale of certain non-producing lands of the partnership, made it "impossible to carry on the ordinary business of the limited partnership" and this amounted to a violation of s. 55(b) of the *Partnership Act*.

The trial judge thereupon ordered an accounting pursuant to s. 57 of the *Partnership Act* and Rule 418 of the *Alberta Rules of Court* against all the defendants and directed the taking of accounts with reference to profits, losses and revenues received as a result of partnership operations as follows:

- (1) All profits realized by Omega Hydrocarbons Ltd. from the non-producing lands since the date of their acquisition;
- (2) The losses, if any, which resulted from a failure on the part of the defendants to exercise option rights or participation rights with respect to the original Fund lands, option lands, lands adjacent and contiguous, and lands defined in contractual areas of mutual interest;
- (3) Gross and net revenues received from oil and gas wells during the currency of the Fund;
- (4) The number and value of shut-in gas wells belonging to the Fund;
- (5) All deposits and withdrawals from the Bank account of the Fund

An accounting was also directed with respect to:

- (6) The adequacy of the evaluations provided by Supplementary Land Services and the D & S Group as

2. La société en commandite subsiste en dépit de son inactivité;
3. La société mère Omega Hydrocarbons et sa filiale Omega O&G (le commandité) constituaient de fait une seule et même entité, si bien que [TRADUCTION] «le véritable commandité» était la société mère, Hydrocarbons;
4. Hydrocarbons s'est portée acquéreur des terres inexploitées tout en sachant que leur cession contrevenait à la *Partnership Act*.

En définitive, le juge de première instance a conclu que l'intimée, par la vente de certaines terres inexploitées appartenant à la société, avait rendu [TRADUCTION] «impossible l'exercice des activités normales de la société en commandite», ce qui constituait une infraction à l'al. 55b) de la *Partnership Act*.

Conformément à l'art. 57 de la *Partnership Act* et de l'art. 418 des *Alberta Rules of Court*, le juge de première instance a ordonné à tous les défendeurs de rendre compte des bénéfices, des pertes et des recettes résultant des activités de la société. Cette reddition de comptes devait porter sur les éléments suivants:

[TRADUCTION]

- (1) Tous les bénéfices qu'Omega Hydrocarbons Ltd. a tirés des terres inexploitées depuis qu'elle s'en est portée acquéreur;
- (2) Les pertes, s'il en est, subies par suite de l'omission des défendeurs d'exercer des droits d'option ou de participation sur les terres appartenant initialement à la société en commandite, sur des terres faisant l'objet d'une option, sur les terres adjacentes et contiguës et sur des terres situées dans des zones présentant aux termes d'un contrat un intérêt commun;
- (3) Les recettes brutes et nettes provenant de puits de pétrole et de gaz pendant l'existence de la société en commandite;
- (4) Le nombre et la valeur des puits de gaz fermés appartenant à la société en commandite;
- (5) Tous les dépôts et les retraits effectués dans le compte bancaire de la société en commandite . . .

Une reddition de comptes a également été ordonnée concernant:

[TRADUCTION]

- (6) Le caractère adéquat des évaluations fournies par Supplementary Land Services et D & S Group

a basis for the shares for units exchange and the transfer of the non-producing lands of the Fund.

As noted above no issue was taken in the pleadings with respect to the purchase by Hydrocarbons of the 59 units held by all Limited Partners other than the plaintiff who rejected the offer. No finding was made in any of the courts below that Hydrocarbons could not in law acquire the units held by the Limited Partners in the partnership or that the exchange of 59 of those units for issued and outstanding shares of Hydrocarbons was unlawful or should or could be set aside. Accordingly, it is difficult to find any root in the facts or in the applicable law for the first part of accounting no. 6 directed by the trial judge.

The plaintiff can complain of the sale of assets made by the General Partner only if the partnership agreement has been breached or if the sale was in contravention of a statute or some rule of the common law. Before dealing with the issue arising under s. 55(b) of the *Partnership Act*, certain parts of the partnership agreement should be examined.

Article XII of the partnership agreement provides in part as follows:

The General Partner is hereby vested with the power to manage the affairs of the Partnership, to acquire or sell or otherwise dispose of on behalf of such Partnership oil, gas or mineral properties or other interests upon such terms as it shall deem advisable . . . to execute and deliver, and to receive or pay the consideration for, all deeds and assignments of properties or other interests transferred or acquired by the Partnership . . . [Emphasis added.]

The Offering Circular distributed in the course of the formation of the partnership provided that the General Partner "reserves the right to add and/or delete or substitute a prospect at its discretion without the approval of the Limited Partners". The provisions in Article XII of the agreement appear to include a broader power of sale than even that described in the Offering Circular.

comme fondement de l'échange des parts contre des actions et de la cession des terres inexploitées de la société en commandite.

Tel que mentionné plus haut, le demandeur, dans ses conclusions, n'a pas contesté l'achat par Hydrocarbons des 59 parts détenues par tous les autres commanditaires. Aucune cour d'instance inférieure n'a jugé que Hydrocarbons ne pouvait pas légalement se porter acquéreur des parts que détenaient les commanditaires dans la société, ou que l'échange de 59 desdites parts contre des actions émises et en circulation de Hydrocarbons était illégal ou qu'il devait ou pouvait être annulé. Par conséquent, il est difficile de dégager des faits ou du droit applicable quelque chose qui justifie la première partie de la reddition de comptes n° 6 ordonnée par le juge de première instance.

Le demandeur ne peut se plaindre de la vente d'éléments d'actif faite par le commandité que s'il y a eu violation du contrat de société ou si la vente va à l'encontre d'une loi ou d'une règle de *common law*. Avant de passer à la question fondée sur l'al. 55b) de la *Partnership Act*, il convient d'examiner certaines parties du contrat de société.

L'article XII du contrat de société stipule notamment:

[TRADUCTION] Le commandité est, par les présentes, investi du pouvoir de gérer les affaires de la société, d'acquérir ou de vendre, ou d'aliéner de quelque autre manière, pour le compte de ladite société, des terres pétrolifères, gazéifères ou minéralisées ou d'autres droits, selon les modalités qu'il jugera appropriées [. . .] de signer et de délivrer tous les titres de propriété et tous les actes de cession de biens-fonds ou d'autres droits transférés ou acquis par la société, et de recevoir ou de payer une contrepartie relativement à ceux-ci . . . [Je souligne.]

Aux termes du prospectus distribué alors que la société était en voie de formation, le commandité [TRADUCTION] «se réserve le droit d'ajouter ou encore de supprimer ou remplacer une zone d'intérêt, ou de faire les deux, selon ce qu'il juge à propos, et ce, sans obtenir l'approbation des commanditaires». Les dispositions de l'article XII du contrat paraissent conférer un pouvoir de vente encore plus large que celui décrit dans le prospectus.

Under Article XV the General Partner has the power to terminate the partnership. The Article provides in part:

... unless on or before [December 31, 2009] the General Partner shall declare the Partnership to be terminated ... on the date set forth in such Declaration of Termination ...

This is followed by Article XVI which provides in part:

The General Partner shall be in charge of and direct such termination and dissolution. Before making any distributions, the General Partner may sell or convey any of the Partnership properties to third parties on such terms as it may deem advisable. [Emphasis added.]

If this sale of the non-producing lands is tantamount to a termination as the trial judge has effectively found, it is surprising that the appellant has not asked for a judicial dissolution of the partnership which in his pleadings he has not done. It is perhaps equally surprising that the respondent in the face of these difficulties did not exercise the power of termination. On the contrary, the appellant, by his pleading, insists upon a continuance of the partnership under the partnership agreement and for that purpose that the lands of the partnership heretofore transferred by the General Partner to Hydrocarbons be restored to the partnership. An order is sought by the appellant "... requiring the defendants to specifically perform his duties and obligations pursuant to Fund #1 [the partnership]". This type of order as far back as *Lumley v. Wagner* (1852), 1 De G. M. & G. 604, 42 E.R. 687, and *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749, the courts have declined to grant.

The Issue Arising under s. 55(b), the Partnership Act

Section 55(b) of the *Partnership Act* provides as follows:

55 A general partner in a limited partnership has all the rights and powers and is subject to all the restrictions and liabilities of a partner in a partnership without limited partners except that, without the written consent to or ratification of the specific act by all the limited partners, a general partner has no authority to

Suivant l'article XV, le commandité a le pouvoir de dissoudre la société. Cet article porte en partie:

[TRADUCTION] ... à moins qu'à cette date [le 31 décembre 2009] au plus tard, le commandité ne déclare la société dissoute [...] à partir de la date énoncée dans la déclaration de dissolution ...

Cet article est suivi de l'article XVI qui stipule notamment:

[TRADUCTION] Il incombe au commandité de se charger d'une telle dissolution et de la diriger. Avant de procéder à une répartition, il peut vendre ou céder à des tiers, selon les modalités qu'il peut juger appropriées, tout bien-fonds appartenant à la société. [Je souligne.]

Si la vente de terres inexploitées dont il est question en l'espèce équivaut à une dissolution, comme l'a effectivement conclu le juge de première instance, il est surprenant que l'appellant n'ait pas demandé dans ses conclusions la dissolution judiciaire de la société en commandite. Il est peut-être tout aussi surprenant que l'intimée, face à ces difficultés, n'ait pas exercé son pouvoir de dissolution. Au contraire, l'appellant dans ses conclusions tient à ce que la société continue d'exister selon les conditions de son contrat constitutif et, dans ce but, à ce que les terres de la société déjà cédées par le commandité à Hydrocarbons soient restituées à la société. L'appellant sollicite une ordonnance [TRADUCTION] «... enjoignant aux défendeurs d'exécuter intégralement les devoirs et obligations qui leur incombent par suite de la création de la société en commandite». Or, déjà dans les décisions *Lumley v. Wagner* (1852), 1 De G. M. & G. 604, 42 E.R. 687, et *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749, les tribunaux refusaient d'accorder ce type d'ordonnance.

La question fondée sur l'al. 55b) de la Partnership Act

L'alinéa 55b) de la *Partnership Act* est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 55 Un commandité dans une société en commandite jouit de tous les droits et pouvoirs d'un associé dans une société de personnes qui ne comprend pas de commanditaires et est assujéti aux mêmes restrictions et responsabilités, sauf que, sans le consentement écrit ou la ratification expresse de tous les commanditaires, un commandité n'est pas autorisé

(b) do any act which makes it impossible to carry on the ordinary business of the limited partnership. . . .

The trial judge found that the sale of the non-producing lands violated the statute and that:

Omega Hydrocarbons Ltd. acquired the non-producing lands of the limited partnership with full knowledge that such a transfer was in breach of The Partnership Act and that it rendered the partnership incapable of carrying on its ordinary business as specified in the prospectus, the partnership agreement, and the certificate of partnership. In such circumstances it holds such properties in trust for the limited partnership.

The trial judge did not find that this sale and transfer to Hydrocarbons was rendered invalid by reason of any breach of a trust or fiduciary duty owed by the General Partner to the partnership and specifically to the appellant.

The Court of Appeal, however, did not in so many words reverse the conclusion of the trial court that the sale of these lands breached s. 55(b) of the *Partnership Act* but took as its starting point and as the central issue in the appeal "... the nature and extent of the fiduciary duty that arises in the operation of the drilling fund in the circumstances . . ." The essential facts on the s. 55(b) issue may be briefly stated. The partnership successfully drilled oil and gas wells and some of the latter were capped for lack of market. All this activity was duly reported by the General Partner to all unit holders in the limited partnership including the appellant in eleven reports. After the partnership had expended its capital and all the funds it could borrow and after Hydrocarbons had purchased all the interests of the Limited Partners except the appellant's, the General Partner sold a block of non-producing lands to Hydrocarbons. As a result of this and other arrangements, the indebtedness of the partnership was substantially retired and drilling operations came to a halt. Both courts are in agreement that the partnership is extant but no drilling activity is underway and indeed in the

b) à accomplir un acte qui rend impossible l'exercice des activités normales de la société en commandite . . .

a Le juge de première instance a conclu que la vente des terres inexploitées constituait une infraction à la Loi et que:

[TRADUCTION] Omega Hydrocarbons Ltd. s'est portée acquéreur des terres inexploitées de la société en commandite tout en sachant parfaitement que leur cession contrevenait à la *Partnership Act* et rendait la société incapable d'exercer ses activités normales décrites dans le prospectus, dans le contrat de société et dans le certificat en constatant l'existence. Dans ces circonstances, elle détient lesdits biens-fonds en fiducie pour la société en commandite.

d Le juge de première instance n'a pas conclu que ces vente et cession à Hydrocarbons étaient invalides pour cause de manquement à une obligation de fiduciaire qu'avait le commandité envers la société et, en particulier, envers l'appellant.

e La Cour d'appel n'a toutefois pas rejeté explicitement la conclusion de la cour de première instance que la vente des terres en question contrevenait à l'al. 55b) de la *Partnership Act*. Elle a plutôt pris comme point de départ ce qu'elle considérait comme la question fondamentale soulevée dans l'appel, savoir [TRADUCTION] « . . . la nature et l'étendue de l'obligation de fiduciaire qui résulte de l'exploitation de la société de forage dans les circonstances . . . » Les faits essentiels relatifs à la question fondée sur l'al. 55b) peuvent être brièvement exposés. La société en cause a foré avec succès des puits de pétrole et de gaz. Certains des puits de gaz ont été fermés en raison du manque de débouchés pour ce produit. Le commandité a dûment consigné toutes ces activités dans onze rapports qu'il a communiqués à chaque détenteur de parts dans la société en commandite, y compris l'appellant. Après que la société eut dépensé son capital ainsi que la totalité des fonds qu'elle avait pu emprunter et après que Hydrocarbons eut acheté toutes les parts des commanditaires, sauf celle de l'appellant, le commandité a vendu à Hydrocarbons un ensemble de terres inexploitées. Consécutivement à cette opération et à d'autres encore, les dettes de la société ont été sensiblement réduites et les activités de forage ont cessé. L'un et

words of the President of the General Partner, there would never be drilling "ever again".

There is no evidence that the partnership is without any interest in lands. Indeed, as already observed, it is clear that there are producing lands or interests in producing lands and capped gas wells in the partnership. There is nothing in the record to indicate that these producing lands or interests in lands have been conveyed away or otherwise disposed of by the General Partner. The partnership must have continued to hold oil and gas lands or interests in such lands. If this were not so it would not have been necessary to describe the lands being sold as "non-producing lands".

Article III sets out the objects and business of the partnership according to the Articles of Limited Partnership:

CHARACTER AND BUSINESS PURPOSE

The purposes for which said Limited Partnership has been created are to acquire, develop and operate oil, gas and other mineral properties and interests located within Canada, including, but not limited to, evaluation of properties (including seismic operations thereon), the purchase, sale and exploitation of real property, oil, gas and mineral leasehold estates, royalties, mineral interest, production payments, and overriding royalty interests, including the power to engage in such operations by itself, in association with others, or as a limited partner in other partnerships (to the extent permitted by law) and to take such actions which may be incidental to the aforesaid general purposes as the General Partner may see fit

On the record established at trial the appellant did not discharge any onus which may have arisen in him to demonstrate the allegation with reference to s. 55(b) on a balance of probabilities or indeed on almost any other variant of the ordinary civil onus. It will be seen that there are many branches of the business of the partnership in addition to the drilling operations discussed by the

l'autre tribunal d'instance inférieure convient que la société subsiste mais qu'elle ne se livre à aucune activité de forage et qu'en fait, pour reprendre les propos du président du commandité, elle ne fera
a [TRADUCTION] «plus jamais» de forage.

Il n'y a aucune preuve que la société n'a aucun droit sur des terres. De fait, comme je l'ai déjà souligné, il est évident que la société possède des terres exploitées ou des droits sur de telles terres, ainsi que des puits de gaz fermés. Rien n'indique au dossier que ces terres exploitées ou ces droits fonciers ont fait l'objet d'une cession par le commandité ou que celui-ci en a disposé de quelque
b
c autre manière. La société a dû continuer de posséder des terres pétrolifères et gazéifères ou des droits sur de telles terres. S'il n'en était pas ainsi, il n'aurait pas été nécessaire de qualifier de «terres inexploitées» celles qui étaient vendues.
d

L'article III des statuts de la société en commandite énonce les objets de celle-ci ainsi que la nature de son entreprise:

[TRADUCTION]

NATURE ET OBJETS DE L'ENTREPRISE

Ladite société en commandite est créée en vue de l'acquisition, de la mise en valeur et de l'exploitation de terres pétrolifères, gazéifères et minéralisées situées au Canada, ainsi que de droits sur ces terres, ce qui comprend notamment l'évaluation de terres (dont l'exécution de travaux d'exploration sismique sur ces terres), l'achat, la vente et l'exploitation de biens-fonds, de baux portant sur des terres pétrolifères, gazéifères et minéralisées, de redevances, de droits miniers, de paiements au titre de la production et de droits à des redevances dérogatoires, y compris le pouvoir de se livrer à de telles opérations seule ou avec d'autres ou en tant que commanditaire dans d'autres sociétés (dans la mesure où la loi le permet) et de prendre toute mesure subordonnée aux objets généraux susmentionnés que le commandité peut juger opportune

D'après le compte rendu des procédures en première instance, l'appellant ne s'est pas acquitté de l'obligation qui a pu lui incomber d'établir, selon la prépondérance des probabilités ou même selon quasiment n'importe quelle autre variante de la charge de la preuve qui s'applique normalement en matière civile, le bien-fondé de l'allégation relative à l'al. 55b). On constatera que l'entreprise de la

witness Hall (President of the General Partner). The Offering Circular described the limited partnership as being "formed for the purpose of acquiring, exploring and developing oil and gas properties in Canada". The Certificate of Partnership provides in part as follows:

The Partnership is formed for the purpose of acquiring, developing and operating oil, gas and other mineral properties and interests located within the Dominion of Canada.

The statement of Mr. Hall mentioned above with reference to the discontinuance of drilling may or may not entitle the appellant to apply for a dissolution of the partnership under the statute or for some other remedy or relief but it is by no means, at least taken by itself, proof that the main purpose for which the partnership was established cannot possibly be carried on in the future.

It is thus clear from exhibits and scattered testimony that the partnership is still in existence and indeed is in receipt of oil and gas revenue presumably from interests in lands acquired or drilled alone or in association with other entities. The record is silent as to what is done with these funds but there has apparently been no distribution of any earning accumulations to date. The record is also silent as to what revenues are now flowing into the partnership from its interest in oil and gas lands. Neither counsel for the appellant nor for the respondent could assist the Court as to the present level of earnings or as to what disposition was being made of these accumulating earnings. The last financial statements reveal that substantial moneys, variously described as revenue or earnings, were received by the partnership in the fiscal year 1980. The gross revenue of the Fund during the last two years prior to trial was as follows:

1979: \$183,915

1980: \$672,345

société comporte de nombreuses ramifications outre les activités de forage dont a parlé le témoin Hall (président du commandité). D'après le prospectus, la société en commandite était [TRADUCTION] «formée en vue de l'acquisition, de l'exploration et de la mise en valeur de terres pétrolifères et gazéifères situées au Canada». Le certificat constatant l'existence de la société porte notamment:

[TRADUCTION] La société est formée en vue de l'acquisition, de la mise en valeur et de l'exploitation de terres pétrolifères, gazéifères et minéralisées situées au Canada, ainsi que de droits sur ces terres.

Il se peut que, par suite de l'interruption des travaux de forage mentionnée par M. Hall, l'appellant soit en droit de demander la dissolution de la société en vertu de la Loi ou de réclamer quelque autre réparation ou redressement, mais la déclaration de M. Hall à ce sujet ne prouve pas du tout, en soi du moins, que dans l'avenir il sera impossible de réaliser l'objet principal de la constitution de la société.

Donc, il ressort clairement des pièces produites et de quelques fragments de témoignage que la société existe encore et qu'en fait elle tire des recettes de la production de pétrole et de gaz, vraisemblablement grâce à des droits sur des terres qu'elle a acquises ou sur lesquelles elle a procédé à des travaux de forage, seule ou avec d'autres entités. Bien que le dossier ne précise pas ce qu'on fait de ces fonds, jusqu'à présent il n'y a apparemment pas eu de distribution des bénéfices accumulés. Le dossier ne révèle pas non plus ce que rapportent actuellement à la société les droits qu'elle a sur des terres pétrolifères et gazéifères. Ni l'avocat de l'appellant ni celui de l'intimée n'ont pu éclairer la Cour quant au montant actuel des recettes ou quant à l'usage qui est fait de ces bénéfices qui s'accumulent. D'après les états financiers les plus récents, des sommes d'argent importantes, décrites tantôt comme des recettes tantôt comme des bénéfices, ont été encaissées par la société au cours de l'exercice financier 1980. Au cours des deux années qui ont précédé le procès, les recettes brutes de la société étaient les suivantes:

j 1979: 183 915 \$

1980: 672 345 \$

There is nothing in the record to indicate that the producing lands or interest in lands have been conveyed away or otherwise disposed of by the General Partner. Again neither counsel was able to assist the Court in describing the state of affairs of the partnership in respect of land holdings. All parties were in agreement that the partnership was still in existence.

There was no evidence that the disposition, by itself, of the non-producing properties has made it impossible to carry on the ordinary business of the partnership. Indeed the accumulations which are apparently continuing from prior drilling activities will produce funds which could be used to finance additional drilling or participation in ventures with others. The receipt of royalties and other forms of income from interests in oil and gas properties is, of course, part of the announced purposes of the limited partnership. In my view, the announcement of present plans not to drill is not by itself conclusive evidence of impossibility of conducting the ordinary business of the partnership which is the requirement of s. 55.

There are two questions of interpretation to be settled. Does the subsection require that all facets of the ordinary business of the partnership be rendered impossible? The second question is the plain meaning of the phrase "makes it impossible to carry on". The plan of the statute is to establish a code for the formation, operation and dissolution of partnerships for the conduct of enterprises generally. By its nature such a statute is entitled to attract a beneficial interpretation by the courts. Where the partners are free to enter into an agreement according a power of termination to the General Partner, as is the case here, it is difficult to interpret s. 55 as prohibiting such a clause or as requiring the partnership to carry on a temporary or otherwise improvident undertaking in order to demonstrate that the standards of s. 55(b) have not been infringed. At its highest, s. 55(b) cannot be read as prohibiting a termination clause but rather as permitting the partnership to conduct some substantial and significant part of its undertaking without violating s. 55(b), unless termination has occurred. Reference to the ordinary business of the organization may be fairly read as

Il n'y a rien au dossier qui indique que le commandité a cédé ou aliéné de quelque autre manière les terres exploitées ou des droits sur des terres. Mais, là encore, ni l'un ni l'autre avocat n'a pu éclairer la Cour quant à la situation de la société sur le plan de ses avoirs fonciers. Toutes les parties se sont accordées pour dire que la société continuait d'exister.

Il n'y a aucune preuve que l'aliénation des terres inexploitées a rendu en soi impossible l'exercice des activités normales de la société. En fait, les gains qui continuent apparemment de découler des activités de forage antérieures pourraient servir à financer d'autres travaux de forage ou la participation à des entreprises conjointes. L'encaissement de redevances et d'autres formes de recettes réalisées grâce à des droits sur des terres pétrolifères et gazéifères constitue évidemment l'un des objets déclarés de la société en commandite. À mon avis, l'expression de l'intention actuelle de ne pas forer n'est pas en soi une preuve concluante de l'impossibilité d'exercer les activités normales de la société, qui est exigée par l'art. 55.

Il y a deux questions d'interprétation à trancher. Premièrement, l'alinéa en question exige-t-il qu'il devienne impossible d'exercer les activités normales de la société sous tous leurs aspects? La seconde question concerne le sens ordinaire de l'expression «rend impossible l'exercice». La Loi vise à établir un code régissant la formation et l'exploitation de sociétés de personnes pour la conduite d'entreprises en général, ainsi que leur dissolution. De par sa nature, cette loi doit être interprétée de façon libérale par les tribunaux. Lorsque les associés ont la liberté de conclure un accord qui confère au commandité un pouvoir de dissolution, comme c'est le cas en l'espèce, on peut difficilement interpréter l'art. 55 comme interdisant une telle clause ou comme obligeant la société à se lancer dans une entreprise temporaire ou par ailleurs mal conçue afin de prouver qu'il n'y a pas eu de manquement aux normes de l'al. 55b). À l'extrême, l'al. 55b) doit s'interpréter non pas comme interdisant toute clause de dissolution, mais plutôt comme permettant à la société de gérer une bonne partie de ses affaires sans contrevenir à cet alinéa, à moins qu'il n'y ait eu dissolution. Il est donc

referring to a substantial portion but not necessarily every single facet, however small, of its ordinary business.

Applied in its simplest form, the language of s. 55(b), namely “do any act which makes it impossible to carry on the ordinary business of the limited partnership” must, as indicated in the Oxford Dictionary, mean “not possible to carry on such business”. See the *Shorter Oxford English Dictionary* (1959), p. 969. In my view no significant part of the ordinary business of the partnership became “impossible” on the sale of the non-producing assets. The sale of the producing assets of the partnership by the General Partner would have been more likely to have contributed to a breach of s. 55(b).

The appellant is, of course, free to move under ss. 38 and 57(c) of the Alberta legislation or otherwise for termination of the partnership and for an accounting of assets and income and for the distribution of net assets as realized in the liquidation process. This the appellant has not sought to do. In all of this the onus is upon the appellant as plaintiff to show that such a condition has resulted. The learned trial judge did not indicate the basis upon which s. 55 has been violated or the evidence which has demonstrated the “impossibility” to the level required in civil proceedings. It may be that the trial court found that the cessation of the drilling activity “makes it impossible to carry on the ordinary business of the limited partnership”. The omission of this link in the reasoning of the learned trial judge in disposing of the s. 55(b) issue overlooks all the other continuing activities of the partnership embraced in its ordinary business.

The Court of Appeal, on the other hand, by necessary implication has found that the condition prescribed in s. 55(b) has not been met. With respect I agree with this conclusion.

The ongoing income of the partnership from oil and gas properties, the ownership of interests in oil

raisonnable de donner à l'expression «activités normales» de l'organisme une interprétation selon laquelle elle désigne une partie importante des activités normales, mais non nécessairement toutes ces activités sous leur moindre aspect.

Simplement dit, les termes de l'al. 55b), savoir «accomplir un acte qui rend impossible l'exercice des activités normales de la société en commandite», doivent, d'après l'Oxford Dictionary, signifier qu' [TRADUCTION] «il n'est pas possible d'exercer de telles activités». Voir le *Shorter Oxford English Dictionary* (1959), p. 969. Selon moi, il n'est pas devenu «impossible» d'exercer une partie importante des activités normales de la société par suite de la vente des biens inexploités. Par contre, la vente des biens exploités de la société par le commandité aurait été plus susceptible d'entraîner une violation de l'al. 55b).

Il va sans dire qu'il est loisible à l'appellant de recourir notamment à l'art. 38 et à l'al. 57c) de la loi albertaine pour demander la dissolution de la société, la présentation d'un état de l'actif et des revenus et la distribution de l'actif net réalisé dans le processus de liquidation. Or, l'appellant n'a pas cherché à le faire. Dans tout cela, c'est à l'appellant en sa qualité de demandeur qu'il incombe de démontrer qu'une telle situation a résulté. Le savant juge de première instance n'a pas indiqué en quoi l'art. 55 a été violé ni quels éléments de preuve établissent l'impossibilité» selon la norme applicable en matière civile. Il se peut que le tribunal de première instance ait conclu que la cessation des travaux de forage «rend impossible l'exercice des activités normales de la société en commandite». En ne faisant pas ce lien dans le raisonnement qu'il a suivi pour trancher la question fondée sur l'al. 55b), le savant juge de première instance a fait abstraction de toutes les autres activités normales que la société continuait à exercer.

Par ailleurs, il découle nécessairement de l'arrêt de la Cour d'appel que celle-ci a conclu que la condition prescrite par l'al. 55b) n'a pas été remplie. Avec égards, je souscris à cette conclusion.

Les recettes que la société continue à tirer de terres pétrolifères et gazéifères, la possession de

and gas properties, and the ownership of capped gas wells must surely form a part of the expression "operating oil, gas and other mineral properties and interests" used in the limited partnership agreement in defining the objects and the undertaking of the partnership.

The Court of Appeal, in dismissing the appellant's action, has by necessary implication, left the appellant to its own resources as to whether or not in these circumstances he should move for a termination or dissolution of the partnership in order to retrieve all or part of his capital investment from the liquidation process.

Breach of Fiduciary Duty on Sale of Partnership Lands

The Court of Appeal considered that the central issue arising in this appeal "deals with the nature and extent of the fiduciary duty that arises in the operation of the [partnership]" in the circumstances here existing.

That the General Partner has the power of sale of the assets of the partnership has already been discussed above and is undoubted. Furthermore, there is no issue as to the valuation placed on these lands by independent valuers. The question arises, however, as to whether in these circumstances the General Partner can sell the non-producing lands to its parent company which, by an undisturbed finding by the trial court, is one and the same legal entity for these purposes as the General Partner. Put in its essential terms, can the General Partner sell these lands to itself?

The second question is whether or not judicial approval of such a sale can be granted after the sale has been completed. This question is discussed later.

The Court of Appeal has dealt in great detail with the operations undertaken by the partnership with respect to the "five prospects" assigned to the partnership on its formation. After a thorough and detailed examination of the "prospects" and the

droits sur de telles terres, ainsi que de puits de gaz fermés doivent sûrement faire partie de ce qui est envisagé par l'expression [TRADUCTION] «l'exploitation de terres pétrolifères, gazéifères et minéralisées . . . ainsi que de droits sur ces terres» employée dans l'énoncé des objets et de la nature de l'entreprise de la société en commandite, qui figure dans le contrat constitutif de ladite société.

b Le rejet de l'action de l'appelant par la Cour d'appel implique nécessairement qu'elle lui a laissé le soin de décider lui-même s'il convient dans les circonstances de demander la dissolution de la société afin de récupérer dans le processus de liquidation la totalité ou une partie de son investissement.

Manquement à l'obligation de fiduciaire lors de la vente des terres appartenant à la société

d La Cour d'appel a considéré que la question fondamentale soulevée en l'espèce [TRADUCTION] «concerne la nature et l'étendue de l'obligation de fiduciaire qui résulte de l'exploitation de la société» dans les circonstances qui existent dans la présente affaire.

f Il a déjà été question plus haut du pouvoir du commandité de vendre les biens de la société et il ne fait aucun doute qu'il détient un tel pouvoir. De plus, on ne conteste pas la valeur attribuée aux terres en cause par des estimateurs indépendants. La question qui se pose toutefois est de savoir si, dans ces circonstances, le commandité peut vendre les terres inexploitées à sa société mère qui, selon une conclusion incontestée de la cour de première instance, représente à ces fins avec le commandité une seule et même entité juridique. Donc, la question se ramène essentiellement à ceci: le commandité peut-il se vendre à lui-même lesdites terres?

i La seconde question est de savoir si les tribunaux peuvent approuver après coup une telle vente. Il s'agit là d'un point qui sera abordé plus loin.

j La Cour d'appel a traité d'une manière très détaillée des activités entreprises par la société relativement aux [TRADUCTION] «cinq zones d'intérêt» cédées à la société lors de sa formation. Un examen fort minutieux de chacune des «zones d'in-

transactions of the partnership, one by one, the Court of Appeal found several mistakes or errors in an evaluation report which resulted in a restoration to the partnership by the consent of all parties of several parcels of land in one or more of the "prospects". This reduced the price payable on the sale of these lands by the purchaser. The dismissal of the action by the Court of Appeal necessarily means that the Court of Appeal found no breach of a fiduciary duty by the General Partner in connection with the sale of the non-producing lands. As to the adequacy of the sale price (to which the only objection taken in the extensive amended statement of claim was that the evaluation report should have been updated for the three months before closing), it might be observed that the evidence before the courts below included that of the President of the General Partner who stated that there was no ready market for these lands.

With respect I accept the analysis by the appellate court and the conclusions drawn therefrom including the admission on the record before the courts below made on behalf of the respondent that the valuation of the four parcels of the Provost property required the removal of these lands from the transaction and a reduction of the price payable. The learned trial judge makes no finding of any breach of fiduciary duty and indeed makes no special reference to the fact of sale by the General Partner to its parent company, the price payable on such sale, or the question of retrospective judicial approval by reason of a breach of a fiduciary duty.

The partnership agreement, while granting power of sale to the General Partner, contains no express term whereunder the General Partner may sell partnership assets to itself. There are, however, special if not unusual provisions in the partnership agreement which recognize that the General Partner may carry on transactions with the partnership or otherwise which may conflict with the interests of the partnership and the other partners. There is a finding in the Court of Appeal that the appellant was fully aware of the terms of the partnership

térêt» et des opérations de la société a permis à la Cour d'appel de déceler dans un rapport d'évaluation plusieurs fautes ou erreurs qui ont entraîné la restitution à la société, avec le consentement de toutes les parties, de plusieurs parcelles de terre situées dans une seule ou plusieurs «zones d'intérêt». Cela a eu pour effet de réduire le prix de vente des terres en question. Du fait qu'elle a rejeté l'action, il s'ensuit nécessairement que la Cour d'appel a conclu que le commandité n'avait manqué à aucune obligation de fiduciaire en vendant les terres inexploitées. Quant au caractère suffisant du prix de vente (au sujet duquel on a simplement objecté, dans la longue déclaration modifiée, que le rapport d'évaluation aurait dû être mis à jour pendant les trois mois qui ont précédé la signature), on pourrait faire observer que parmi les dépositions faites devant les tribunaux d'instance inférieure figurait celle du président du commandité, qui a déclaré que les terres en cause n'étaient pas facilement vendables.

Avec égards, j'accepte l'analyse de la Cour d'appel et les conclusions qu'elle en a tirées, ainsi que l'aveu qui, d'après le dossier, a été fait devant les tribunaux d'instance inférieure pour le compte de l'intimée, selon lequel l'évaluation des quatre parcelles de terres de Provost nécessitait que celles-ci soient exclues de l'opération et que le prix de vente soit réduit en conséquence. Le savant juge de première instance n'a pas conclu au manquement à une obligation de fiduciaire et, à vrai dire, il n'a fait aucune mention spéciale ni de la vente faite par le commandité à sa société mère, ni du prix de vente, ni de la question de la possibilité que la cour accorde une approbation rétroactive en raison d'un manquement à une obligation de fiduciaire.

Le contrat de société, bien qu'il investisse le commandité d'un pouvoir de vente, ne contient pas de disposition autorisant expressément ledit commandité à se vendre à lui-même des biens de la société. Il renferme toutefois des dispositions spéciales, voire inhabituelles, qui reconnaissent que le commandité peut effectuer, avec ou sans la société, des opérations susceptibles d'entrer en conflit avec les intérêts de la société et des autres associés. La Cour d'appel a conclu que l'appellant était parfaitement au courant des modalités du contrat de

agreement, including their application in the special circumstances existing in the oil exploration and development business. The partnership agreement which was signed by the appellant included several very particular and perhaps unusual provisions relating to the role and authority of the General Partner.

Article X provides in part as follows:

CONFLICT OF INTEREST

The General Partner is presently engaged in and intends to continue in the oil and gas business and will have to divide its time between the program for the Partnership properties and in its other operations in which the Partnership will not have an interest. During the life of the Limited Partnership, the General Partner shall have the right to act as partner or joint venturer with other oil companies and private or public investors in other ventures formed to search for oil and gas. The General Partner's action in connection with the foregoing shall be deemed not to be a conflict of interest with respect to this Limited Partnership or its operations or its Limited Partners. If the General Partner determines that this Limited Partnership should participate in any prospect to an extent of less than 100% of the Working Interest, the General Partner may dispose of the balance of the interest by sale of such interest to other partnerships or entities managed by the General Partner or retain the balance of such interest for its own account. In any such event, any affiliated partnership or entity shall pay for its share of the acquisition, drilling and completion costs of any wells on not more favourable terms than those borne by the Partnership. The General Partner may sell a portion of prospects in which the Limited Partner is a participant to unaffiliated parties, thus benefiting the General Partner and not the Limited Partners. [Emphasis added.]

Article XII provides in part as follows:

... it is understood and agreed that the General Partner is engaged, and intends to continue, in the oil and gas business and must necessarily divide its time between this and other programs, and that the General Partner may, during the life of this Partnership, acquire oil and gas interests and not offer the same to his Partnership.

Article XIV provides in part as follows:

société et de leur application dans les conditions spéciales qui règnent dans le domaine de l'exploration et du développement pétroliers. Le contrat de société qu'a signé l'appellant comporte plusieurs dispositions très particulières et peut-être même inusitées concernant le rôle et les pouvoirs du commandité.

L'article X dispose notamment:

b [TRADUCTION]

CONFLIT D'INTÉRÊTS

Le commandité exerce actuellement et entend continuer à exercer des activités dans l'industrie pétrolière et gazière et devra, en conséquence, partager son temps entre le programme établi pour les terres appartenant à la société et d'autres activités ne concernant aucunement celle-ci. Pendant l'existence de la société en commandite, le commandité aura le droit de participer en tant qu'associé ou coentrepreneur, avec d'autres sociétés pétrolières et des investisseurs des secteurs privé ou public, à d'autres entreprises mises sur pied en vue de chercher du pétrole et du gaz. Tout acte accompli par le commandité à cet égard sera réputé ne pas constituer un conflit d'intérêts en ce qui concerne la présente société en commandite, ni en ce qui concerne ses activités ou ses commanditaires. Si le commandité décide que la société en commandite ne doit pas détenir la totalité de l'intérêt économique direct dans une zone d'intérêt donnée, ledit commandité peut disposer du reste de cet intérêt en le vendant à d'autres sociétés ou entités gérées par le commandité ou bien conserver pour son propre compte le reste de cet intérêt. Le cas échéant, toute société ou entité affiliée paiera sa part des coûts d'acquisition, de forage et d'achèvement des puits, selon des modalités qui ne seront pas plus avantageuses que celles qui s'appliquent à la société constituée par les présentes. Le commandité peut vendre à des parties non affiliées une portion des zones d'intérêt dans lesquelles le commanditaire a un intérêt, de manière que cela profite au commandité, et non pas aux commanditaires. [Je souligne.]

L'article XII stipule notamment:

[TRADUCTION] ... il est entendu et convenu que le commandité exerce et entend continuer à exercer des activités dans l'industrie pétrolière et gazière et doit nécessairement partager son temps entre ce programme et d'autres et que ledit commandité peut, pendant l'existence de la présente société, se porter acquéreur de droits pétroliers et gaziers sans offrir à ladite société la possibilité d'y participer.

L'article XIV porte entre autres:

The General Partner shall never be liable to the Partnership or Limited Partners, or any of them, for any acts done or omitted to be done in good faith in the performance of any of the provisions of this Agreement.

These Articles bring into focus some of the actions of the General Partner here.

For these purposes I assume the highest status of the General Partner under the limited partnership, namely that of a trustee holding the properties of the partnership on behalf of all other partners. The general rule is that a trustee may not purchase trust property, whether or not the sale is made honestly, at a fair price, and in good faith (*Ex P. James* (1803), 8 Ves. Jun. 337, 32 E.R. 385; *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers* (1854), 1 Macq. 461). In *Snell's Principles of Equity* (27th ed. 1973), p. 239, it is pointed out that the true rule is not that a trustee may not purchase trust property; it is that a purchase of trust property by a trustee is voidable within a reasonable time at the instance of any beneficiary. (See *Holder v. Holder*, [1968] Ch. 353 (*per Danckwerts L.J.* at p. 398).) Similarly, the rule as applied to corporate fiduciaries is subject to exceptions when those to whom the duty is owed have agreed to such exceptions or have consented to a sale of assets to the fiduciary with full knowledge of that sale. In *Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378, Viscount Sankey states at p. 383:

In these circumstances, and bearing in mind that this evidence was accepted, it is clear that he took the shares with the full knowledge and consent of Regal and that he is not liable to account for profits made on their sale. The appeal against the decision in his favour should be dismissed.

In Canada, Sinclair J.A., in *Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleum Ltd.* (1975), 60 D.L.R. (3d) 658, recognizes limits to the strict application of the general principle in the following terms at p. 674:

To summarize, it seems beyond question that a trustee must not sell property to himself, whether or not he

[TRANSDUCTION] Le commandité ne sera jamais responsable envers la société et les commanditaires, ou l'un deux, pour les actes qu'il a de bonne foi accomplis ou omis d'accomplir dans l'exécution de l'une ou l'autre disposition du présent contrat.

Ces articles apportent des éclaircissements sur certains actes accomplis par le commandité en l'espèce.

Aux fins de la présente analyse, j'attribue au commandité le statut le plus élevé sous le régime de la société en commandite, c'est-à-dire celui d'un fiduciaire qui détient pour le compte de tous les autres associés les biens de la société. En règle générale, un fiduciaire ne peut pas acheter des biens en fiducie, peu importe que la vente soit faite ou non honnêtement, à un prix juste et de bonne foi (*Ex P. James* (1803), 8 Ves. Jun. 337, 32 E.R. 385, *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers* (1854), 1 Macq. 461). Dans *Snell's Principles of Equity* (27th ed. 1973), à la p. 239, on fait remarquer que la règle porte en réalité non pas qu'un fiduciaire ne peut acheter des biens en fiducie, mais plutôt que l'achat de biens en fiducie par un fiduciaire est annulable dans un délai raisonnable à la demande de tout bénéficiaire. (Voir *Holder v. Holder*, [1968] Ch. 353 (le lord juge Danckwerts, à la p. 398).) De même, lorsqu'elle est appliquée à des fiduciaires qui sont des personnes morales, la règle souffre des exceptions lorsque les créanciers de l'obligation ont approuvé ces exceptions ou ont consenti en parfaite connaissance de cause à la vente de biens au fiduciaire. Dans l'arrêt *Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378, le vicomte Sankey affirme, à la p. 383:

[TRANSDUCTION] Dans ces circonstances et compte tenu du fait que cette preuve a été retenue, il est évident qu'il a acquis les actions au su de Regal et avec son plein consentement et qu'il n'est pas tenu de rendre compte des profits réalisés lors de leur vente. L'appel contre la décision rendue en sa faveur doit donc être rejeté.

Au Canada, le juge Sinclair, dans l'arrêt *Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleum Ltd.* (1975), 60 D.L.R. (3d) 658, reconnaît qu'il y a des limites à l'application stricte du principe général. Il dit à ce propos, à la p. 674:

[TRANSDUCTION] En résumé, il semble ne faire aucun doute qu'un fiduciaire ne doit pas se vendre à lui-même

makes a profit, except under the most stringent of conditions. The rule equally applies to sales to persons, to firms or to companies in which the trustee is interested. These general principles are accepted by both sides, provided, of course, that the arrangement or relationship in existence between the parties is such that they ought to apply.

The nub of the problem concerns the nature of that relationship. [Emphasis added.]

The importance of the terms of agreement was emphasized by this Court in *Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co.*, [1958] S.C.R. 314, by Locke J. at p. 327.

Scott on Trusts (4th ed. 1987), at p. 339, states that in certain special circumstances a court of equity may approve a sale of trust assets to a trustee:

Not only may the court authorize a sale of trust property to the trustee personally, but after such a sale has taken place the court may approve the sale, if it still appears that the sale is for the best interest of the trust estate [*Honeywell v. Dominick*, 223 S.C. 365, 76 S.E. 2d 59 (1953)].

It would seem, however, that where the sale was made without the authorization of the court, the court will not later approve it if at the time when such approval is asked the property has so increased in value that at that time the sale does not appear to be advantageous to the trust estate.

The record on this appeal reveals no justification for a denial of approval by a court if sought. Canadian courts have indicated *ex post facto* approval of sales to a trustee will be given in exceptional circumstances in analogous proceedings.

In *In re Baskerville Estate*, [1946] 3 W.W.R. 347, Taylor J. at p. 347 states:

In my view the power to confirm must be exercised only when there is a corresponding power to refuse to sanction the sale, and here, the executors having already taken an irrevocable act, they cannot escape the responsibility thereof by an order confirming the sale.

des biens en fiducie, peu importe qu'il réalise ou non un profit, à moins que ne soient remplies les conditions les plus strictes. La règle s'applique tout autant à des ventes à des particuliers, à des firmes ou à des sociétés dans lesquelles le fiduciaire a des intérêts. Ces principes généraux sont acceptés par l'une et l'autre partie, pourvu, évidemment, que l'arrangement ou les rapports qui existent entre lesdites parties commandent leur application.

Le problème porte essentiellement sur la nature de ces rapports. [Je souligne.]

L'importance des conditions du contrat a été soulignée par le juge Locke de cette Cour, dans l'arrêt *Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co.*, [1958] R.C.S. 314, à la p. 327.

D'après *Scott on Trusts* (4th ed. 1987), à la p. 339, dans certaines circonstances spéciales une cour d'*equity* peut approuver une vente de biens en fiducie à un fiduciaire:

[TRADUCTION] Non seulement la cour peut-elle autoriser la vente de biens en fiducie au fiduciaire en sa qualité personnelle, mais elle peut l'approuver après coup si la vente paraît encore être pour le plus grand avantage du patrimoine de la fiducie [*Honeywell v. Dominick*, 223 S.C. 365, 76 S.E. 2d 59 (1953)].

Il semblerait toutefois que, dans un cas où la vente s'est effectuée sans l'autorisation de la cour, celle-ci ne l'approuvera pas par la suite si, au moment où cette approbation est demandée, la valeur des biens en question a tellement augmenté que la vente ne semble plus avantageuse pour le patrimoine de la fiducie.

Le dossier soumis en l'espèce ne révèle aucun motif qui justifierait une cour de refuser d'accorder son approbation si on la lui demandait. Dans des procédures analogues, les tribunaux canadiens ont indiqué que des ventes à un fiduciaire seront approuvées après coup s'il existe des circonstances exceptionnelles.

Dans l'affaire *In re Baskerville Estate*, [1946] 3 W.W.R. 347, le juge Taylor affirme, à la p. 347:

[TRADUCTION] À mon avis, le pouvoir de confirmer ne doit être exercé que lorsqu'il existe un pouvoir correspondant de refuser de sanctionner la vente et, en l'espèce, les exécuteurs ayant déjà accompli un acte irrévocable, ne sauraient échapper à la responsabilité pour cet acte au moyen d'une ordonnance confirmant la vente.

The power on originating notice is to sanction a proposed sale, and does not include consideration of an alleged breach of trust.

In *Re Courtney and Mackie* (1972), 23 D.L.R. (3d) 564, Disbery J. states at p. 566:

Except in exceptional circumstances the application to approve a sale should be made at a time when the Court is free to either approve or refuse to approve. The Court should be asked to approve a *proposed* sale or a sale made subject to the obtaining of the Court's approval thereto; and on the hearing of such applications all interested non-concurring parties would have an opportunity to be heard. [Underlining added.]

In the event the court there declined to grant *ex post facto* approval because of the serious intervening lapse of time. On this appeal the sale of the non-producing lands back to Hydrocarbons is not an irrevocable act and the Court of Appeal was not faced with a *fait accompli* which was immune from possible judicial intervention.

In England there is a line of cases in which the courts have approved the sale before it was made: (*Campbell v. Walker* (1800), 5 Ves. Jun. 678, 31 E.R. 801; *Farmer v. Dean* (1863), 32 Beav. 327, 55 E.R. 128, and *Tenant v. Trenchard* (1869), 4 Ch. App. 537). A 1975 *Practice Direction*, [1975] 1 All E.R. 255, allows Masters to make an order "approving purchases of trust property of any description by executors, administrators or trustees, but only in clear cases". There is nothing in principle to deny the authority of a court to approve of such sales of trust property where the court is free in the circumstances either to approve or to deny approval according to the special circumstances existing in each case.

The Court of Appeal in *Holder v. Holder*, *supra*, refused to set aside a purchase by a beneficiary who had been appointed executor and trustee (with two others) of a will but who renounced the position and played no real part in the administration of the estate. Danckwerts L.J. states at p. 399:

Suite à un avis de requête, il y a un pouvoir de sanctionner un projet de vente, mais aucun pouvoir d'examiner une allégation d'abus de confiance.

Dans la décision *Re Courtney and Mackie* (1972), 23 D.L.R. (3d) 564, le juge Disbery affirme, à la p. 566:

[TRADUCTION] Sauf dans des circonstances exceptionnelles, la demande d'approbation d'une vente doit être présentée à un moment où la cour est libre soit de donner son approbation, soit de refuser de la donner. On devrait demander à la cour d'approuver un *projet* de vente ou une vente effectuée sous réserve de l'obtention de l'approbation de la cour et, à l'audition de telles demandes, toutes les parties intéressées qui s'y opposent devraient avoir la possibilité de se faire entendre. [Je souligne.]

Dans cette affaire, la cour a en fait refusé d'accorder l'approbation après coup en raison du long intervalle de temps qui s'était écoulé. En l'espèce, la revente des terres inexploitées à Hydrocarbons n'a rien d'irrévocable et la Cour d'appel ne se trouvait pas devant un fait accompli qui échappait à toute possibilité d'intervention de la part des tribunaux.

En Angleterre il y a une série de décisions dans lesquelles les tribunaux ont approuvé la vente avant qu'elle n'ait lieu: (*Campbell v. Walker* (1800), 5 Ves. Jun. 678, 31 E.R. 801, *Farmer v. Dean* (1863), 32 Beav. 327, 55 E.R. 128, et *Tenant v. Trenchard* (1869), 4 Ch. App. 537). Une *Practice Direction*, [1975] 1 All E.R. 255, permet aux protonotaires de rendre une ordonnance [TRADUCTION] «approuvant les achats de biens en fiducie, quels qu'ils soient, par des exécuteurs, des administrateurs ou des fiduciaires, mais seulement dans des cas manifestes». Rien en principe n'empêche une cour d'approuver de telles ventes de biens en fiducie lorsque ladite cour est libre de donner ou de refuser son approbation selon les circonstances particulières de chaque cas.

Dans l'affaire *Holder v. Holder*, précitée, la Cour d'appel a refusé d'annuler un achat par un bénéficiaire qui (en compagnie de deux autres personnes) avait été nommé exécuteur et fiduciaire testamentaire, mais qui avait renoncé à ces fonctions et n'avait pas vraiment participé à l'administration de la succession. Le lord juge Danckwerts affirme, à la p. 399:

... the plaintiff is claiming equitable relief against Victor, who is the legal owner of the farms and is in occupation of them. He has paid what was a good price at the time of the sale. Much hardship would be caused to Victor if the transaction was set aside now . . .

Sachs L.J. states at pp. 402-3:

Thus the rigidity of the shackles imposed by the rule [i.e. that trustees not purchase trust property] on the discretion of the court may perhaps before long be reconsidered as the courts tend to lean more and more against such rigidity of rules as can cause patent injustice . . .

On the facts before the Court on this appeal, and applying the law thereto as examined shortly above, I conclude that the General Partner owes a fiduciary duty to Molchan, the one remaining Limited Partner, but in the circumstances of this case there is no breach of that duty in the sale of non-producing lands because:

- i. there is no evidence of bad faith of the General Partner and neither Shannon J. nor Prowse J.A. made any such finding;
- ii. there has been no attempt by the appellant to demonstrate that Hydrocarbons paid an inadequate consideration for the non-producing lands;
- iii. the General Partner's assertion that the sale was in the best interests of the partnership is supported by evidence at trial which indicates the strained financial circumstances of the partnership and the difficulty of selling the lands to third parties because of the encumbrances upon the lands; and
- iv. the terms of the agreement, of which Molchan was fully aware, provided the General Partner with the power to dispose of properties at its discretion.

In the peculiar circumstances existing here I conclude that at the time of its approval of this sale the Court of Appeal was not in a position that it had no alternative but to approve. There is no evidence of subsequent disposition by the trans-

[TRADUCTION] . . . le demandeur réclame de Victor, qui est le propriétaire des fermes et qui les occupe, un redressement en *equity*. Or, Victor a payé ce qui était un bon prix au moment de la vente. Ce serait donc très dur pour lui s'il fallait que l'opération soit annulée maintenant . . .

Le lord juge Sachs affirme, aux pp. 402 et 403:

[TRADUCTION] Ainsi, la rigidité des contraintes que la règle [c.-à-d. celle qui interdit aux fiduciaires d'acheter des biens en fiducie] impose au pouvoir discrétionnaire du tribunal sera peut-être remise en question sous peu puisque les tribunaux ont de plus en plus tendance à s'opposer à la rigidité des règles qui peut entraîner des injustices flagrantes . . .

Me fondant sur les faits soumis à cette Cour en l'espèce et appliquant à ces faits les principes de droit brièvement examinés plus haut, je conclus que le commandité a une obligation de fiduciaire envers Molchan, l'unique commanditaire qui reste, mais que dans les présentes circonstances, aucun manquement à cette obligation n'a été commis en vendant des terres inexploitées:

- i. parce qu'il n'y a aucune preuve de mauvaise foi de la part du commandité et que ni le juge Shannon ni le juge Prowse n'ont conclu à la mauvaise foi;
- ii. parce que l'appellant n'a pas tenté de démontrer que le prix payé par Hydrocarbons pour les terres inexploitées était insuffisant;
- iii. parce que l'assertion du commandité que la vente était pour le plus grand avantage de la société est appuyée par des éléments de preuve produits en première instance, qui font ressortir la situation financière précaire de la société et la difficulté qu'il y avait à vendre les terres en question à des tiers en raison des charges qui les grevaient; et
- iv. parce que les conditions du contrat de société, dont Molchan était parfaitement au courant, habilitaient le commandité à aliéner lesdites terres comme bon lui semblait.

Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, je conclus qu'au moment où elle a approuvé la vente en cause, la Cour d'appel ne se trouvait pas dans une situation où elle ne pouvait pas faire autrement. Il n'y a aucune preuve que la

ferree of the lands in question. Nor indeed is there any evidence of any significant alteration of market price of the non-producing lands. In my opinion it will, indeed, be a rare case where approval will be given to a sale of trust assets by a trustee to himself. The circumstances of this case are such, however, that approval should be given. The general partnership agreement gives extraordinary powers to the general partner which are of such nature as to put this case on the footing of one where a specific consent has been given by the *cestui que* trust to the sale.

It may not be without relevance that the appellant stated that he rejected the offer of purchase of his unit only because in his view the conversion rate on the shares being issued to him did not equal his view of the value of his unit. Had the appellant accepted the share for unit exchange offered by Hydrocarbons, his original investment of \$25,000 would have been worth approximately \$130,000 at the time of trial.

The Court of Appeal by dismissing the action of the appellant thereby denied the claim by the appellant for an order directing the return of the non-producing lands to the General Partner. The Court of Appeal therefore necessarily determined that the sale breached no fiduciary duty arising in the respondent General Partner in favour of the appellant, or at least did not do so in the special relationships here existing between the parties. Assuming such transfer requires judicial approval (see *Snell's Principles of Equity, supra*, at p. 290, and *Halsbury's Laws of England*, vol. 48, 4th ed., para. 808, p. 436) one must necessarily conclude that the retrospectivity of that approval would not, in the view of the Court of Appeal, be a bar. With respect I agree with these conclusions.

For all these reasons, I would dismiss the appeal with costs in this Court to the respondents.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons for judgment of my colleague, Justice Estey, but find myself unable to agree with his

cessionnaire a par la suite aliéné les terres en question. De fait, il n'y a aucune preuve qu'il y a eu un changement important dans la valeur marchande des terres inexploitées. À mon avis, il est même très rare qu'il ait approbation de la vente que le fiduciaire se fait à lui-même de biens en fiducie. Cependant, d'après les circonstances de l'espèce, l'approbation devrait être donnée. Le contrat de société général confère au commandité des pouvoirs extraordinaires qui sont de nature à assimiler la présente affaire au cas où le bénéficiaire de la fiducie a consenti expressément à la vente.

Il convient peut-être de faire remarquer que l'appelant a déclaré avoir rejeté l'offre d'achat de sa part seulement parce que, à son avis, le taux de conversion des actions qui lui étaient émises ne correspondait pas à ce qu'il croyait être la valeur de ladite part. Or, si l'appelant avait accepté l'offre de Hydrocarbons d'échanger sa part contre des actions, son placement initial de 25 000 \$ aurait valu environ 130 000 \$ au moment du procès.

En rejetant l'action de l'appelant, la Cour d'appel a du même coup rejeté sa demande d'ordonnance enjoignant de restituer les terres inexploitées au commandité. Par conséquent, la Cour d'appel a nécessairement décidé que la vente ne constituait pas un manquement à l'obligation de fiduciaire qu'avait le commandité intimé envers l'appelant ou, à tout le moins, qu'il n'y avait pas eu de manquement dans le contexte des rapports spéciaux existant en l'espèce entre les parties. S'il faut qu'une telle cession reçoive l'approbation des tribunaux (voir *Snell's Principles of Equity*, précité, à la p. 290, et *Halsbury's Laws of England*, vol. 48, 4th ed., par. 808, à la p. 436), force est de conclure que, selon la Cour d'appel, le fait que cette approbation doit être accordée rétroactivement ne constitue pas un empêchement. Avec égards, je souscris à ces conclusions.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder aux intimés leurs dépens en cette Cour.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de jugement de mon collègue le juge Estey, mais il m'est

conclusions. The appeal raises a variety of issues relating to the respective rights and duties of limited and general partners in the Province of Alberta and to the role of appellate courts when a trial judge has made a finding of liability based on a breach of the governing statute and followed it with an order for an accounting. The case has had a somewhat peculiar procedural history. I set out the relevant facts.

I The Facts

The limited partnership consisted originally of 60 units held by a group of limited partners (of whom the appellant was one) and representing a 70 per cent interest in the partnership. The General Partner, the respondent Omega Oil and Gas Ltd. ("Omega"), owned the remaining 30 per cent interest. The partnership, known as Omega Oil and Gas Fund #1, was formed in February 1978 "for the purpose of acquiring, developing and operating oil, gas and other mineral properties and interests located within the Dominion of Canada". The fund operated with mixed results until November 1980. It acquired mineral properties, developed and continues to operate some revenue-producing oil wells, and discovered gas wells which, according to the evidence, were uneconomic to operate because of market conditions. By the autumn of 1980 the money invested by the partners was exhausted and the partnership was heavily in debt to the Toronto-Dominion Bank and to Omega Hydrocarbons Ltd., Omega's parent company. The respondent Hall was president of both Omega and Hydrocarbons.

With no further capital available to the partnership drilling operations were discontinued and a group of the Limited Partners approached Hall to discuss how they might realize their partnership interests. One obvious method would have been to have Hydrocarbons reacquire the assets of the partnership so as to return to the Limited Partners on a dissolution some part at least of the moneys paid into the venture by those partners. The Court of Appeal found, and it was not disputed before this Court, that this solution was rejected because

impossible de souscrire à ses conclusions. Le pourvoi soulève toute une gamme de questions sur les droits et les obligations respectifs des commanditaires et des commandités dans la province d'Alberta et sur le rôle que jouent les tribunaux d'appels lorsqu'un juge de première instance a tiré une conclusion de responsabilité fondée sur une infraction à la loi les régissant, pour ensuite ordonner une reddition de comptes. L'affaire a suivi un cours assez singulier. En voici les faits pertinents.

I Les faits

La société en commandite était à l'origine constituée d'un groupe de commanditaires (dont l'appelant) qui détenaient 60 parts représentant un intérêt de 70 pour 100 dans la société. Les 30 pour 100 restants appartenaient au commandité, l'intimée Omega Oil and Gas Ltd. («Omega»). La société, appelée Omega Oil and Gas Fund #1, avait été constituée en février 1978 [TRADUCTION] «en vue de l'acquisition, de la mise en valeur et de l'exploitation de terres pétrolifères, gazéifères et minéralisées situées au Canada, ainsi que de droits sur ces terres». Elle a exercé ses activités, avec plus ou moins de succès, jusqu'en novembre 1980. Elle a acquis des terres minéralisées, foré des puits de pétrole qu'elle exploite encore avec profit, et a aussi foré des puits de découverte de gaz dont l'exploitation, d'après la preuve soumise, n'était pas rentable en raison des conditions du marché. À l'automne de 1980, le capital investi par les associés était épuisé et la société devait d'importantes sommes d'argent à la Banque Toronto-Dominion et à Omega Hydrocarbons Ltd., la société mère d'Omega. L'intimé Hall était président à la fois d'Omega et de Hydrocarbons.

La société ne disposant plus d'aucune autre source de capitaux, les activités de forage ont été interrompues et un groupe de commanditaires a engagé des pourparlers avec Hall sur la façon dont ils pourraient réaliser leur participation dans la société. Évidemment, Hydrocarbons aurait pu racheter les biens de la société, de manière à remettre aux commanditaires, au moment de la dissolution, au moins une partie des sommes qu'ils avaient investies dans l'entreprise. La Cour d'appel a jugé, ce qui n'a pas été contesté devant nous, que

of the unfavourable tax implications for the Limited Partners.

It was then agreed between some of the Limited Partners and the General Partner that Hydrocarbons would make an offer to purchase the limited partners' units. This was done. Hydrocarbons offered to purchase the units in exchange for common shares in Hydrocarbons. The offer was accepted by the holders of 59 of the 60 units, the one rejection coming from the appellant. The appellant testified that he rejected the offer because the conversion rate on the market for the Hydrocarbons shares was too low and what was offered did not, in his view, equate the value of his unit. The Limited Partners had contributed \$25,000 to the capital of the partnership for each unit. At the time of the offer the Hydrocarbons shares had a market value of approximately \$25,120 for each unit. By the time of trial their market value was approximately \$130,000. No issue was taken by the appellant at that time as to the legality or otherwise of the Hydrocarbons offer.

On August 18, 1981 Hall in his capacity as president and director of Hydrocarbons made an offer to Omega to purchase all the non-producing lands of the partnership for \$315,581. The offer was accepted by Hall in his capacity as president and director of Omega. The price was established by independent valuation and the proceeds were applied to the reduction of the bank debt. The sale is attacked by the plaintiff and its propriety is the main issue on this appeal. The partnership retained the oil wells which were already in production as well as the uneconomic gas wells.

II The Procedural History

The appellant commenced an action on November 5, 1982 alleging, *inter alia*, that:

- (1) following the sale of the non-producing lands to Hydrocarbons the Fund ceased all exploratory activity, thereby breaching the *Partnership Act*, R.S.A. 1980, c. P-2 and the terms of the Limited Partnership Agreement;
- (2) Hydrocarbons had, subsequent to the sale, carried out its own successful drilling program on the sold-off

cette solution avait été rejetée en raison de ses conséquences fiscales désavantageuses pour les commanditaires.

- a Il a alors été convenu entre certains commanditaires et le commandité qu'Hydrocarbons offrirait d'acheter les parts des commanditaires. Ce qui fut fait. L'offre consistait à échanger les parts contre des actions ordinaires de Hydrocarbons. Les détenteurs de 59 des 60 parts ont accepté cette offre, l'appelant étant le seul à la rejeter. D'après son témoignage, l'appelant a refusé l'offre parce que le taux courant de conversion des actions de Hydrocarbons était trop bas et que l'offre ne correspondait pas à ce qu'il croyait être la valeur de ladite part. Chaque part représentait un apport par les commanditaires de 25 000 \$ au capital de la société. Au moment de l'offre, les actions de Hydrocarbons attribuées pour chaque part avaient une valeur marchande approximative de 25 120 \$. Au moment du procès, cette valeur marchande était d'environ 130 000 \$. L'appelant n'a pas contesté à cette époque la légalité de l'offre de Hydrocarbons.

- Le 18 août 1981, Hall, à titre de président et directeur de Hydrocarbons a offert à Omega d'acheter toutes les terres inexploitées de la société pour la somme de 315 581 \$. Cette offre était consentie par lui-même, Hall, à titre de président et directeur d'Omega. Le prix a été fixé au moyen d'une évaluation indépendante et le produit de la vente a été affecté à la réduction de la dette bancaire. Le demandeur conteste cette vente, dont la régularité constitue la principale question en litige dans le présent pourvoi. La société a conservé les puits de pétrole déjà en exploitation ainsi que les puits de gaz peu rentables.

II Historique des procédures

L'appelant a intenté son action le 5 novembre 1982, en alléguant notamment ce qui suit:

- i (1) suite à la vente des terres inexploitées à Hydrocarbons, la société en commandite a cessé toute activité d'exploration, contrevenant ainsi à la *Partnership Act*, R.S.A. 1980, chap. P-2, et aux conditions du contrat de société en commandite;
- j (2) Hydrocarbons a, après la vente, poursuivi avec succès son propre programme de forage sur les terres

lands and on lands "contiguous and adjacent" to them which ought to have been acquired for the Fund;

(3) confidential information relating to prospects held by the Fund had been improperly passed on to Hydrocarbons;

(4) the evaluation of the non-producing lands was "improper and out-dated";

(5) on a number of occasions the General Partner had not done all that it could and should have done to acquire and develop prospects for the Fund;

(6) in the above particulars, and in its general failure to maintain the Fund in operation, the General Partner had breached its fiduciary obligations to the limited partners.

The appellant claimed the following relief:

(a) a declaration that the sale of the non-producing lands to Hydrocarbons . . . is in breach of the terms of the Certificate of Limited Partnership; the Articles of Limited Partnership, the Partnership Act, the Securities Act or any combination of the foregoing and an order setting aside the sale and restoring all prospects to the Fund;

(c) an order declaring that all benefits received by [Hydrocarbons] . . . from the lands transferred . . . as well as benefits received from contiguous and adjacent lands are held in trust for the Fund and the plaintiff and an order requiring [Hydrocarbons] . . . and the General Partner to account to the plaintiff with respect to all revenues received subsequent to May 15, 1981 to the date of trial;

(d) . . . an order requiring the corporate Defendants . . . or either of them to distribute to the plaintiff his pro rata share of revenues received from the lands herein described pursuant to the provisions of Fund #1;

(e) in the alternative, general damages against the corporate defendants in the sum of \$500,000 jointly and severally;

(f) a declaration that the personal defendant is in breach of the fiduciary duty owed to the defendant General Partner and damages against the personal defendant in the sum of \$50,000.00;

On September 22, 1983 Sulatycky J., in Chambers, ordered that the case should proceed on the issue of liability only, "an accounting to be held by

vendues et sur des terres «contiguës et adjacentes» qui auraient dû être achetées par la société en commandite;

(3) des renseignements confidentiels concernant des zones d'intérêt détenues par la société en commandite ont été irrégulièrement communiqués à Hydrocarbons;

(4) l'évaluation des terres inexploitées était «irrégulière et désuète»;

(5) à maintes reprises, le commandité n'a pas fait tout ce qu'il pouvait faire et aurait dû faire pour acquérir et mettre en valeur des zones d'intérêts pour la société en commandite;

(6) compte tenu des détails précités et de son omission générale de maintenir en activité la société en commandite, le commandité a manqué à ses obligations de fiduciaire envers les commanditaires.

L'appelant a réclamé les redressements suivants:

[TRADUCTION] a) un jugement déclaratoire portant que la vente des terres inexploitées à Hydrocarbons enfreint les conditions du certificat constatant l'existence de la société en commandite, les statuts de la société en commandite, la Partnership Act, la Securities Act, ou toute combinaison de ceux-ci, ainsi qu'une ordonnance annulant la vente et restituant toutes ses zones d'intérêt à la société en commandite;

c) une ordonnance déclarant que tous les bénéfices que Hydrocarbons a tirés des terres cédées, de même que tous ceux tirés des terres contiguës et adjacentes, sont détenus en fiducie pour la société en commandite et le demandeur, ainsi qu'une ordonnance enjoignant à Hydrocarbons et au commandité de rendre compte au demandeur de toutes les recettes encaissées depuis le 15 mai 1981 jusqu'à la date du procès;

d) . . . une ordonnance enjoignant aux sociétés défendresses, ou à l'une ou l'autre d'entre elles, de verser au demandeur sa part, au prorata, des recettes tirées des terres décrites aux présentes, conformément aux statuts de la société en commandite;

e) subsidiairement, la condamnation des sociétés défendresses, conjointement et solidairement, à des dommages-intérêts généraux de 500 000 \$;

f) un jugement déclaratoire portant que le défendeur poursuivi personnellement a violé l'obligation de fiduciaire qu'il a envers le commandité défendeur et condamnant le défendeur poursuivi personnellement à des dommages-intérêts de 50 000 \$;

Le 22 septembre 1983, le juge en chambre Sulatycky a ordonné que l'affaire ne soit instruite que sur la question de la responsabilité, [TRADUC-

subsequent trial in the event that the plaintiff is successful on the issue of liability". The trial as to liability took place before Shannon J. and occupied five days ([1984] 3 W.W.R. 246, 51 A.R. 54, 30 Alta. L.R. (2d) 161). The judge reached four conclusions:

(1) The sale of the non-producing lands breached s. 55(b) of the *Partnership Act*, *supra*. It reads as follows:

55 A general partner in a limited partnership has all the rights and powers and is subject to all the restrictions and liabilities of a partner in a partnership without limited partners except that, without the written consent to or ratification of the specific act by all the limited partners, a general partner has no authority to

(b) do any act which makes it impossible to carry on the ordinary business of the limited partnership . . .

Shannon J. found that the sale of the non-producing lands of the partnership made it impossible to carry on the ordinary business of the partnership as reflected in its constitutive documents.

(2) The partnership, though inactive, was still in existence. It had never been formally dissolved due to the dispute as to the validity of the sale of the non-producing lands and the uncertainty as to the outcome of the litigation.

(3) Hydrocarbons and the General Partner were *de facto* one and the same entity so that the parent Hydrocarbons was "the *de facto* General Partner".

(4) Hydrocarbons acquired the non-producing lands of the limited partnership with full knowledge that such a transfer was in breach of the *Partnership Act* and that it rendered the partnership incapable of carrying on its ordinary business as specified in the prospectus, the Partnership Agreement, and the Certificate of Partnership. In such circumstances Hydrocarbons holds such properties in trust for the limited partnership.

TION] «une reddition de comptes étant reportée au procès qui sera tenu subséquemment si jamais le demandeur obtient gain de cause sur la question de la responsabilité». Le procès portant sur la responsabilité a eu lieu devant le juge Shannon et a duré cinq jours ([1984] 3 W.W.R. 246, 51 A.R. 54, 30 Alta. L.R. (2d) 161). Le juge a tiré quatre conclusions:

(1) La vente des terres inexploitées enfreignait l'al. 55b) de la *Partnership Act*, précitée. Voici cet alinéa:

[TRADUCTION] **55** Un commandité dans une société en commandite jouit de tous les droits et pouvoirs d'un associé dans une société de personnes qui ne comprend pas de commanditaires et est assujéti aux mêmes restrictions et responsabilités, sauf que, sans le consentement écrit ou la ratification expresse de tous les commanditaires, un commandité n'est pas autorisé

b) à accomplir un acte qui rend impossible l'exercice des activités normales de la société en commandite . . .

Le juge Shannon a constaté que la vente des terres inexploitées de la société avait rendu impossible l'exercice de ses activités normales indiquées dans ses actes constitutifs.

(2) La société en commandite subsistait en dépit de son inactivité. Elle n'avait jamais été formellement dissoute en raison du litige quant à la validité de la vente des terres inexploitées et de l'incertitude entourant l'issue du procès.

(3) Hydrocarbons et le commandité constituaient de fait une seule et même entité, si bien que [TRADUCTION] «le véritable commandité» était la société mère Hydrocarbons.

(4) Hydrocarbons s'était portée acquéreur des terres inexploitées de la société en commandite tout en sachant parfaitement que leur cession contrevenait à la *Partnership Act* et rendait la société incapable d'exercer ses activités normales décrites dans le prospectus, dans le contrat de société et dans le certificat en constatant l'existence. Dans ces circonstances, Hydrocarbons détient lesdits biens-fonds en fiducie pour la société en commandite.

Consequent on these findings Shannon J. ordered an accounting under s. 57(b) of the *Partnership Act* and “necessary inquiries” under Rule 418 of the *Alberta Rules of Court*. Section 57(b) reads as follows:

57 A limited partner has the same right as has a general partner

(b) to be given, on demand, true and full information of all things affecting the limited partnership, and to be given a formal account of partnership affairs whenever circumstances render it just and reasonable . . .

Rule 418 of the *Alberta Rules of Court* provides:

418. The court may at any stage in an action direct that necessary accounts or inquiries be taken or made.

The order was framed as follows:

As against all of the defendants, this court directs the following accounts and inquiries:

- (1) All profits realized by Omega Hydrocarbons Ltd. from the non-producing lands since the date of their acquisition;
- (2) The losses, if any, which resulted from a failure on the part of the defendants to exercise option rights or participation rights with respect to the original Fund lands, option lands, lands adjacent and contiguous, and lands defined in contractual areas of mutual interest;
- (3) Gross and net revenues received from oil and gas wells during the currency of the Fund;
- (4) The number and value of shut-in gas wells belonging to the Fund;
- (5) All deposits and withdrawals from the Bank account of the Fund; and
- (6) The adequacy of the evaluations provided by Supplementary Land Services and the D & S Group as a basis for the shares for units exchange and the transfer of the non-producing lands of the Fund.

The parties may apply for modification or clarification of the foregoing directions from time to time.

Suite à ces constatations, le juge Shannon a ordonné une reddition de comptes, en vertu de l’al. 57b) de la *Partnership Act*, et la tenue de [TRADUCTION] «l’investigation qui s’impose» en vertu de l’art. 418 des *Alberta Rules of Court*. L’alinéa 57b) est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 57 Le commanditaire a le même droit que le commandité

b) à l’obtention, sur demande, de renseignements complets et exacts sur tout sujet touchant la société en commandite et à un compte rendu formel des affaires de la société lorsque les circonstances font que cela est juste et raisonnable . . .

L’article 418 des *Alberta Rules of Court* porte:

[TRADUCTION] 418. Le tribunal peut, à toute étape de la cause, ordonner la reddition de comptes ou l’investigation qui s’imposent.

L’ordonnance a été formulée ainsi:

[TRADUCTION] À tous les défendeurs, la cour ordonne de procéder à la reddition de comptes et à l’investigation suivantes:

- (1) Tous les bénéfices qu’Omega Hydrocarbons Ltd. a tirés des terres inexploitées depuis qu’elle s’en est portée acquéreur;
- (2) Les pertes, s’il en est, subies par suite de l’omission des défendeurs d’exercer des droits d’option ou de participation sur les terres appartenant initialement à la société en commandite, sur des terres faisant l’objet d’une option, sur les terres adjacentes et contiguës et sur des terres situées dans des zones présentant aux termes d’un contrat un intérêt commun;
- (3) Les recettes brutes et nettes provenant de puits de pétrole et de gaz pendant l’existence de la société en commandite;
- (4) Le nombre et la valeur des puits de gaz fermés appartenant à la société en commandite;
- (5) Tous les dépôts et les retraits effectués dans le compte bancaire de la société en commandite;
- (6) Le caractère adéquat des évaluations fournies par Supplementary Land Services et D & S Group comme fondement de l’échange des parts contre des actions et de la cession des terres inexploitées de la société en commandite.

Les parties peuvent, à l’occasion, demander la modification ou la clarification des précédentes directives.

The defendants appealed both the order for the accounting and "the whole of the judgment" of Shannon J. The Alberta Court of Appeal ((1985), 63 A.R. 369, 40 Alta. L.R. (2d) 251 [hereinafter cited to 63 A.R.]), *per* Prowse J.A., did not deal with the question whether the *Partnership Act* had been breached which was, of course, the basic finding of the trial judge. After listing the six areas of inquiry ordered by the trial judge, Prowse J.A. stated at p. 372:

It follows from this statement that the trial judge did not limit the remedy he proposed to damages arising from a breach of s. 55 of the *Partnership Act*. He did not however set out the breaches he had in mind in assessing the damages under (2) and one is left with the impression that he found breach or breaches on the part of Hall and Omega in acting in circumstances in which a conflict of interest arose.

This was Prowse J.A.'s only reference to s. 55 of the *Partnership Act*. I am accordingly unable to agree with my colleague that the Court of Appeal impliedly overturned the finding of breach of the statute. If one can read anything into the passage quoted above, it seems to be that the Court of Appeal accepted the trial judge's finding that the *Partnership Act* had been breached but felt that the inquiries he ordered went beyond those appropriate for such a breach. The Court concluded, therefore, that the trial judge must have found breaches of fiduciary duty in addition to breach of the statute. As a consequence almost the entire judgment of the Court of Appeal is devoted to an analysis of the nature of the fiduciary duty owed by partners to each other, culminating in the conclusion that there was no breach of fiduciary duty by the General Partner on the facts of this case. The Court of Appeal then dismissed Molchan's action in its entirety (save for the correction of minor errors in transferring some producing lands along with the non-producing lands) without ever having addressed its mind to the basis of liability found by the trial judge and the remedies appropriate to that breach. The Court of Appeal, in effect, conducted a trial *de novo* on the issue of breach of fiduciary duty, an issue not canvassed at

Les défendeurs ont interjeté appel tant de l'ordonnance de reddition de comptes que de [TRADUCTION] «l'ensemble du jugement» du juge Shannon. La Cour d'appel de l'Alberta ((1985), 63 A.R. 369, 40 Alta. L.R. (2d) 251 [ci-après cité à 63 A.R.]), le juge Prowse n'a pas examiné la question de savoir s'il y avait eu infraction à la *Partnership Act*, ce qui représentait évidemment la constatation fondamentale du juge de première instance. Après avoir énuméré les six domaines d'investigation ordonnés par le juge de première instance, le juge Prowse affirme, à la p. 372:

[TRADUCTION] Il découle de cette affirmation que le juge de première instance n'a pas limité la réparation qu'il proposait à des dommages-intérêts résultant d'une infraction à l'art. 55 de la *Partnership Act*. Il n'a pas toutefois énuméré les infractions qu'il avait à l'esprit en évaluant les dommages dont il est question au par. 2, ce qui nous donne l'impression qu'il a conclu que Hall et Omega ont commis une ou des infractions en agissant dans des situations de conflit d'intérêts.

C'est la seule référence que fait le juge Prowse à l'art. 55 de la *Partnership Act*. Je ne puis, par conséquent, partager l'avis de mon collègue que la Cour d'appel a implicitement infirmé la constatation d'infraction à la Loi. Si ce passage veut dire quelque chose, ce semble être que la Cour d'appel a accepté la constatation du juge de première instance que la *Partnership Act* avait été violée, mais qu'elle a considéré que l'investigation qu'il avait ordonnée allait au-delà de ce qui était indiqué pour une infraction de ce genre. La cour a donc conclu que le juge de première instance devait avoir constaté qu'il y avait eu manquement à une obligation de fiduciaire en sus de l'infraction à la Loi. Par conséquent, presque tout l'arrêt de la Cour d'appel est consacré à une analyse de la nature de l'obligation de fiduciaire que se devaient mutuellement les associés, qui se termine par la conclusion que, compte tenu des faits de l'espèce, le commandité n'a pas manqué à son obligation de fiduciaire. La Cour d'appel a alors rejeté complètement l'action de Molchan (sauf pour ce qui était de corriger certaines erreurs mineures commises en cédant des terres exploitées en même temps que les terres inexploitées) sans jamais porter attention au fondement de la responsabilité constatée par le juge de première instance et aux redressements

all by the trial judge. Shannon J. found as a fact that the ordinary business of the partnership could no longer be carried on once the non-producing lands were sold off. Section 55(b) of the *Partnership Act* was accordingly violated. The Court of Appeal did not even discuss, let alone reverse, that finding. My colleague has found, however, a reversal "by necessary implication" by virtue of the Court of Appeal's dismissal of Molchan's action in its entirety.

III The Jurisdiction of the Court of Appeal

In my view, the correct approach for this Court to take in such unusual circumstances is to reinstate the order of the trial judge. I say this for two reasons. First, as noted above, the trial judge's finding of a breach of the *Partnership Act* was not impugned at all in the Court of Appeal. While that Court has broad powers when a judgment is appealed to it, it cannot fail to address the central issue remitted to it. In this case it did exactly that. Moreover, it acted as a court of first instance on an entirely different issue from the one dealt with by the trial judge and quashed the trial judge's order on the basis of its determination of that issue.

Second, even if my colleague, Estey J., is correct in concluding that the Court of Appeal impliedly reversed the trial judge's finding of fact, that implied reversal, it seems to me, was an improper exercise of the Court of Appeal's powers of review. I reach this conclusion on a consideration of three factors, namely:

- (a) the scope of the Court of Appeal's powers of review;
- (b) the nature of the finding of breach of statute by the trial judge;
- (c) the propriety of the order for an accounting and inquiries following the finding of the breach.

qu'il convient d'accorder dans le cas de cette violation. La Cour d'appel, en fait, a tenu un procès *de novo* sur la question du manquement à une obligation de fiduciaire, qui n'avait absolument pas été examinée par le juge de première instance. Le juge Shannon a constaté qu'en fait la société ne pouvait plus exercer ses activités normales une fois vendues les terres inexploitées. L'alinéa 55b) de la *Partnership Act* avait par conséquent été violé. La Cour d'appel n'a même pas débattu, et encore moins infirmé, cette constatation, et pourtant mon collègue voit une infirmation implicite dans le rejet total par la Cour d'appel de l'action de Molchan.

^c III La compétence de la Cour d'appel

À mon avis, la solution que doit adopter la Cour dans des circonstances aussi inhabituelles consiste à rétablir l'ordonnance du juge de première instance, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, comme je l'ai dit précédemment, la conclusion, par le juge de première instance, à l'existence d'une infraction à la *Partnership Act* n'a aucunement été contestée en Cour d'appel. Bien que cette cour jouisse de larges pouvoirs lorsqu'on y interjette appel d'un jugement, elle ne saurait s'abstenir d'aborder la principale question dont elle est saisie. En l'espèce, c'est exactement ce qu'elle a fait. En outre, elle s'est comportée comme un tribunal de première instance relativement à une question entièrement différente de celle examinée par le juge de première instance et a annulé l'ordonnance de ce dernier en fonction de sa décision sur ladite question.

En second lieu, même si mon collègue le juge Estey avait raison de conclure que la Cour d'appel a infirmé implicitement la constatation de fait du juge de première instance, cette infirmation implicite, me semble-t-il, constitue un exercice irrégulier des pouvoirs de révision de la Cour d'appel. J'arrive à cette conclusion en tenant compte de trois facteurs, soit:

- a) l'étendue des pouvoirs de révision de la Cour d'appel;
- b) la nature de la constatation de l'existence d'une infraction à la Loi par le juge de première instance;
- c) la régularité de l'ordonnance de reddition de comptes et d'investigation rendue à la suite de la constatation de l'existence d'une infraction.

(a) *The Scope of Appellate Review*

The Court of Appeal for Alberta enjoys a broad jurisdiction. The *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 3, states:

3 The Court of Appeal

(a) has all the jurisdiction and powers possessed by the Supreme Court of the Northwest Territories en banc immediately before the Court's organization, and

(b) has jurisdiction and power, subject to the Rules of Court, to hear and determine

- (i) all applications for new trials,
- (ii) all questions or issues of law,
- (iii) all questions or points in civil or criminal cases,

(iv) all appeals or motions in the nature of appeals respecting a judgment, order or decision of

- (A) a judge of the Court of Queen's Bench, or
- (B) a judge of a court of inferior jurisdiction when an appeal is given by any other Act,

The provisions of the *Judicature Act* are supplemented by the *Alberta Rules of Court*, in particular Rules 505 and 518, which read:

505. (1) Except as otherwise provided, an appeal lies to the court from the whole or any part of any judgment, order, direction or finding of a judge sitting in court or the verdict or finding of a jury or from the judgment, order or direction of a judge sitting in chambers.

518. The court may:

- (a) direct amendment of any proceeding before it;
- (b) receive further evidence either by oral examination, by affidavit, upon commission or otherwise;
- (c) draw inferences of fact;
- (d) direct a new trial;
- (e) give any judgment and make any order which ought to have been made and make such further or other order as the case may require;
- (f) make such order as to costs as to it seems just but where the court is equally divided, the costs shall follow the event of the appeal.

a) *L'étendue de la révision en appel*

La compétence de la Cour d'appel de l'Alberta est large. La *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap.

a J-1, art. 3, stipule:

[TRADUCTION] 3 La Cour d'appel

a) a toute la compétence et tous les pouvoirs que possédait la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest en banc, immédiatement avant l'organisation de la Cour, et

b) a la compétence et le pouvoir, sous réserve des Règles de pratique, de statuer, après audition,

- (i) sur toutes les demandes de nouveau procès,
- (ii) sur toutes les questions ou points de droit,
- (iii) sur toutes questions ou points en matière civile ou criminelle,

(iv) sur tous les appels ou toutes les requêtes assimilables à des appels formés contre le jugement, l'ordonnance ou la décision

- (A) d'un juge de la Cour du Banc de la Reine, ou
- (B) d'un juge d'une cour d'instance inférieure lorsqu'il peut être interjeté appel en vertu d'une autre loi,

Les dispositions de la *Judicature Act* sont complétées par les *Alberta Rules of Court*, et notamment par les art. 505 et 518 dont voici le texte:

f [TRADUCTION] **505.** (1) Sauf disposition contraire, on peut interjeter appel à la cour contre l'ensemble ou une partie d'un jugement, d'une ordonnance, d'une directive ou d'une constatation d'un juge siégeant à l'audience, ou contre le verdict ou une constatation d'un jury, ou encore contre le jugement, une ordonnance ou une directive d'un juge en chambre.

518. La Cour peut:

- a) ordonner la modification de tout acte de procédure dont elle est saisie;
- b) recevoir des preuves supplémentaires au moyen d'un interrogatoire oral, d'un affidavit, d'une commission rogatoire ou par tout autre moyen;
- c) faire des déductions de fait;
- d) ordonner un nouveau procès;
- e) rendre le jugement et l'ordonnance qui auraient dû être rendus, et toute autre ordonnance qui peut s'imposer;
- f) rendre l'ordonnance d'adjudication de dépens qui lui semble juste, mais si la cour est partagée également, les dépens suivent l'issue de l'appel.

These broad powers must, however, be read in light of the principles guiding appellate review as laid down by this Court. In particular it has been said on a number of occasions that where a trial judge makes a finding of fact based on the credibility of witnesses, an appeal court should not overturn that finding unless it can be shown that the finding was "palpably wrong": *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802. This principle has been frequently reaffirmed by this Court: see *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 S.C.R. 865; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Lewis v. Todd*, [1980] 2 S.C.R. 694; and *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363. It was most recently applied in relation to the powers of the Saskatchewan Court of Appeal, which possesses by statute a jurisdiction comparable to that of Alberta. In *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, Chief Justice Dickson stated at p. 683:

It is a well-established principle that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some "palpable and overriding error which affected his assessment of the facts" . . .

The Alberta Court of Appeal has itself applied this restriction on a number of occasions. In *Colberg v. Braunberger's Estate* (1978), 12 A.R. 183, Moir J.A. said at p. 190:

In my respectful opinion the learned trial judge could have found that there was an acceptance of the appellant's offer by the respondent. He did not do so. Rather, he chose to accept the evidence given by the respondent in chief. He heard the witness. It was for the trial judge to decide if he accepted the whole of the respondent's evidence, part of it, or none of it. Clearly he accepted the respondent's evidence in chief only.

The question is are we entitled to reverse that finding when there is evidence to support that finding? As I read the authorities, particularly the Supreme Court of Canada in *Stein v. The Ship "Kathy K"* (1975), 6 N.R.

Ces pouvoirs généraux doivent cependant être interprétés en fonction des principes régissant la révision en appel énoncés par cette Cour. En particulier, il a été dit à plusieurs reprises que, lorsque le juge de première instance constate un fait en se fondant sur la crédibilité de témoins, une cour d'appel ne devrait pas infirmer cette constatation à moins qu'il puisse être démontré qu'elle était «manifestement erronée»: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802. Cette Cour a fréquemment réaffirmé ce principe: voir *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371, *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 R.C.S. 865, *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, *Lewis c. Todd*, [1980] 2 R.C.S. 694, et *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363. Il a tout récemment été appliqué relativement aux pouvoirs de la Cour d'appel de la Saskatchewan, qui jouit en vertu de la loi d'une compétence comparable à celle de la Cour d'appel de l'Alberta. Dans l'arrêt *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, le juge en chef Dickson affirme, à la p. 683:

C'est un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne puisse être établi que le juge de première instance «a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits» . . .

La Cour d'appel de l'Alberta a elle-même appliqué cette restriction à maintes reprises. Dans l'arrêt *Colberg v. Braunberger's Estate* (1978), 12 A.R. 183, le juge Moir dit, à la p. 190:

[TRADUCTION] À mon humble avis, le savant juge de première instance aurait pu constater qu'il y avait eu acceptation par l'intimé de l'offre de l'appelant. Il ne l'a pas fait. Il a préféré accepter le témoignage donné par l'intimé en interrogatoire principal. Il a entendu le témoin. Il appartenait au juge de première instance de décider d'accepter l'ensemble ou une partie du témoignage de l'intimé, ou de ne pas l'accepter du tout. Manifestement il n'a accepté que le témoignage donné par l'intimé en interrogatoire principal.

La question qui se pose donc est de savoir si nous avons le droit d'infirmer cette constatation alors qu'il y a des éléments de preuve qui la justifient? Selon mon interprétation de la jurisprudence, notamment de l'arrêt

359; [1976] 2 S.C.R. 802, we can only do so if the learned trial judge was "palpably wrong". I do not think that he was, particularly in the light of the whole of the cross examination. The learned trial judge had an advantage that we can never have. He saw and heard the respondent give the evidence. I am not prepared to say that he lost the advantage by making the finding he made.

Similar cautionary comments may be found in *Carter v. Ferguson*, [1943] 2 W.W.R. 38 (Alta. C.A.); *Clarke v. Gerbrandt* (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.), and *Angus v. City of Edmonton* (1977), 3 A.R. 116 (C.A.) In the last two decisions the Court of Appeal did overturn the findings of a trial judge, but in *Clarke* on the ground that there was no evidence at all to support the finding and in *Angus* on the ground that the finding was based on expert evidence where credibility was not a factor. Such circumstances constitute exceptions to the general rule requiring palpable and overriding error.

(b) *The Trial Judge's Finding of Breach*

Applying this principle to the present case, it seems to me that the Court of Appeal, if it did impliedly overturn the trial judge's finding, did so without identifying any palpable error. Whether or not the acts of the General Partner were such as to make it "impossible to carry on the ordinary business of the limited partnership" is primarily an issue of fact. While it is true that the trial judge must examine the constitutive documents of the partnership in order to discern what its ordinary business is, this was a perfectly straightforward task in this case. The ordinary business of the partnership was the purpose for which it was created. Once the trial judge has decided what the partnership's ordinary business is, he must then determine on the basis of the evidence whether that business can any longer be carried on. Shannon J. found that it could not. He was obviously influenced to this conclusion by the testimony of the defendant Hall to the effect that no further land acquisition, exploration or drilling would ever

de la Cour suprême du Canada *Stein c. Le navire «Kathy K»* (1975), 6 N.R. 359, [1976] 2 R.C.S. 802, nous ne pouvons le faire que si le savant juge de première instance a commis «une erreur manifeste». Je ne pense pas que ce soit le cas, particulièrement si l'on tient compte de l'ensemble du contre-interrogatoire. Le savant juge de première instance jouissait d'un avantage que nous n'aurons jamais. Il a vu et entendu l'intimé témoigner. Je ne suis pas disposé à affirmer qu'il a perdu cet avantage en faisant la constatation qu'il a faite.

On trouvera de semblables appels à la prudence dans les arrêts *Carter v. Ferguson*, [1943] 2 W.W.R. 38 (C.A. Alb.), *Clarke v. Gerbrandt* (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.), et *Angus v. City of Edmonton* (1977), 3 A.R. 116 (C.A.) Dans ces deux derniers arrêts, la Cour d'appel a effectivement infirmé les constatations du juge de première instance, mais dans l'arrêt *Clarke*, pour le motif qu'il n'y avait absolument aucune preuve à l'appui de la constatation, et dans l'arrêt *Angus*, pour le motif que la constatation était fondée sur le témoignage d'un expert où la crédibilité n'entraînait pas en ligne de compte. Des circonstances de ce genre constituent des exceptions à la règle générale qui exige une erreur manifeste et dominante.

b) *La constatation de l'existence d'une infraction par le juge de première instance*

Appliquant ce principe à l'espèce, il me semble que, si la Cour d'appel a implicitement infirmé la constatation du juge de première instance, elle l'a fait sans déceler aucune erreur manifeste. La question de savoir si les actes du commandité avaient rendu «impossible l'exercice des activités normales de la société en commandite» est d'abord et avant tout une question de fait. Il est vrai que le juge de première instance doit examiner les divers actes constitutifs de la société afin de discerner quelles sont ses activités normales, c'était une tâche très claire en l'espèce. Les activités normales de la société étaient le but pour lequel elle avait été créée. Mais, une fois qu'il a fait cela, il doit alors décider si, d'après la preuve soumise, ces activités peuvent toujours être exercées. Le juge Shannon a conclu qu'elles ne pouvaient plus l'être. Il a manifestement été influencé par le témoignage du défendeur Hall portant qu'il n'y aurait plus jamais d'acquisition supplémentaire de terres ni d'autres travaux d'exploration ou de forage. Les activités de

take place. The business of the partnership was therefore reduced from exploration, acquisition, development and production to production from the currently producing mines only. Moreover, the evidence persuaded the trial judge that this was not just a temporary measure, a short-term response to a changing business climate; it was a firm and unequivocal decision for the future. The General Partner's conduct in attempting to terminate the partnership by buying out all the Limited Partners and then selling off all the lands which had been acquired for purposes of future exploration and development, when taken together with Hall's evidence that there would never be any more drilling, convinced the trial judge that there was no possibility of the partnership business continuing. This was a finding he was fully entitled to make on the evidence. If the Court of Appeal did in fact reverse that finding, it did so without identifying any palpable error on the part of the trial judge. It acted in contravention of well-established principles of appellate review.

My colleague has reviewed the finding of the trial judge and concluded that s. 55(b) of the *Partnership Act* is not breached if "some substantial and significant part" of the partnership business can still be carried on. The partnership, in his view, does not need to be involved at all times in every facet of its business operation. It is enough, he suggests, that it can continue to be involved in production from its currently producing mines. I agree that it may be a matter of degree although this is easier to argue in the case of a corporation with a wide range of objects than it is in the case of a partnership formed for a specific purpose. Moreover, it seems to me that where the evidence clearly indicates that there is no intention ever to reinstate any of the other facets of the ordinary business of the partnership, the trial judge was entitled to make the finding he did. There was evidence to support it. This Court should not "second guess" him, particularly if, as I believe to be the case, the Court of Appeal did not see fit to do so.

la société passaient donc de l'exploration, de l'acquisition, de la mise en valeur et de la production, à la production seulement. De plus, ce témoignage a persuadé le juge de première instance qu'il ne s'agissait pas là d'une mesure temporaire, une réponse à court terme à un changement de conjoncture; c'était une décision ferme et sans équivoque qui engageait pour l'avenir. La conduite adoptée par le commandité en tentant de dissoudre la société par le rachat des parts de tous les commanditaires pour ensuite vendre toutes les terres acquises à des fins d'exploration et de mise en valeur futures, conjuguée au témoignage de Hall portant qu'il n'y aurait plus jamais de forage, a convaincu le juge de première instance qu'il n'existait aucune possibilité que les activités de la société se poursuivent. C'était là une constatation que la preuve soumise l'autorisait parfaitement à faire. Si la Cour d'appel a effectivement infirmé cette constatation, elle l'a fait sans déceler aucune erreur manifeste de la part du juge de première instance. Elle a agi contrairement aux principes bien établis de la révision en appel.

Mon collègue a étudié la constatation du juge de première instance pour conclure que l'al. 55b) de la *Partnership Act* n'est pas enfreint si l'exercice d'une bonne partie des affaires de la société est encore possible. La société, à son avis, n'a pas à être engagée, en tout temps, dans tous les aspects de ses activités. Il suffit, laisse-t-il entendre, qu'elle puisse poursuivre ses activités productrices grâce aux mines qu'elle exploite actuellement. Il peut fort bien s'agir d'une question de degré bien que ce soit plus facile à plaider dans le cas d'une compagnie ayant un éventail d'objets que dans le cas d'une société constituée à une fin précise. Mais il me semble que lorsque la preuve indique clairement qu'il n'y avait aucune intention de reprendre quelque autre facette des activités normales de la société, le juge de première instance était en droit de faire la constatation qu'il a faite. Il y avait des éléments de preuve qui justifiaient cette constatation. La Cour ne saurait revenir sur la décision qu'il a prise, surtout si, comme je crois que c'est le cas, la Cour d'appel n'a pas jugé bon de le faire.

(c) *The Order for an Accounting and Inquiries*

Accepting then that the trial judge's finding of liability should stand, was his order for an accounting and inquiries appropriate? The Court of Appeal clearly thought that it was not, but that it would have been appropriate if the trial judge had found liability based on breach of fiduciary duty. Item two seemed to the Court of Appeal to point directly to breach of fiduciary duty. I wonder if the Court is correct in this. It must be recalled that the Chambers Judge had ordered a trial as to liability only, to be followed by an accounting. This was the process in which the trial judge was engaged. He fully intended that, following the accounting, he would proceed to the assessment of damages. In other words, the accounting and inquiries were to disclose the possible heads of damage flowing from the breach of the *Partnership Act* and the quantum arising under these heads. In his view, the ordinary business of the partnership could no longer be carried on due to the conduct of the General Partner and he had to determine what loss had been suffered by the plaintiff as a consequence of the unlawful termination of the partnership business. In order to do this he had to inquire into the past profitability of the business, assuming it was properly managed, as a guide to its financial prospects for the future.

The trial judge started from the proposition that the sale of the non-producing lands was an unlawful act and that it was known to Hydrocarbons at the time of the sale that it was an unlawful act. He concluded that in these circumstances Hydrocarbons held the non-producing lands on a constructive trust for the partnership. Having so concluded, he then ordered the accounting and inquiries to see what loss the plaintiff had suffered not only by virtue of the unlawful sale but also by virtue of the termination of the partnership business which flowed from it. The trial judge did not discuss whether the breach of the statute also constituted

c) *L'ordonnance de reddition de comptes et d'investigation*

Donc, si on accepte que la constatation de responsabilité faite par le juge de première instance devrait être maintenue, son ordonnance de reddition de comptes et d'investigation était-elle indiquée? La Cour d'appel a, de toute évidence, cru que non, mais qu'elle aurait été indiquée si le juge de première instance avait fondé la responsabilité sur un manquement à une obligation de fiduciaire. Le deuxième volet de l'ordonnance a paru à la Cour d'appel viser directement un manquement à une obligation de fiduciaire. Je me demande si la cour a raison sur ce point. Il faut se rappeler que le juge en chambre avait ordonné un procès portant sur la responsabilité uniquement, qui serait suivi d'une reddition de comptes. C'était là le processus dans lequel le juge de première instance s'était engagé. Il avait l'intention bien arrêtée de procéder, après la reddition de comptes, à une évaluation des dommages-intérêts. En d'autres termes, la reddition de comptes et l'investigation visaient à déceler les catégories éventuelles de dommages découlant de l'infraction à la *Partnership Act* et le montant de ceux-ci pour chaque catégorie. À son avis, les activités normales de la société ne pouvaient être poursuivies par suite de la conduite du commandité, aussi devait-il déterminer quelle perte avait subi le demandeur suite à l'interruption illégale des activités de la société. Pour ce faire il devait s'enquérir de la rentabilité passée de l'entreprise, en présumant qu'elle était bien gérée, afin d'évaluer ses perspectives d'avenir sur le plan financier.

Le juge de première instance est parti de la thèse que la vente des terres inexploitées était un acte illégal et que Hydrocarbons savait au moment de cette vente qu'il s'agissait d'un acte illégal. Il a conclu que, dans ces circonstances, Hydrocarbons détenait les terres inexploitées pour la société en vertu d'une fiducie par interprétation. Après avoir tiré cette conclusion, il a ordonné de procéder à la reddition de comptes et à l'investigation afin de déterminer la perte que le demandeur avait subie, non seulement en raison de la vente illégale, mais aussi en raison de la cessation des activités de la société qui s'en est suivie. Le juge de première

in the circumstances of this case a breach of fiduciary duty. Any sale which made it impossible for the ordinary business of the partnership to be carried would obviously be a violation of the Act. A sale by the General Partner to itself might in addition (subject to the general law and the provisions of the partnership agreement) be a breach of fiduciary duty. The trial judge did not make this finding. He found liability only on the basis of breach of the statute.

Does it make any difference to the assessment of damages whether the sale of the non-producing lands which, in effect, brought the partnership business to an end, constituted only a breach of the *Partnership Act* or a breach of fiduciary duty as well because of the fact that the sale was made to the General Partner? If the trial judge is correct that a sale made to a transferee who knows that the sale is in breach of the Act results in the transferee's holding the lands on a constructive trust for the partnership, then it probably makes little difference. If, however, as the Court of Appeal appears to assume, a breach of s. 55(b) of the *Partnership Act* would give rise only to a claim for damages, it may indeed make a difference. I question, however, whether it makes any difference to the plaintiff's right to an accounting and inquiries into the circumstances surrounding the respondent's dealing with the properties and assets of the partnership and this is what we are dealing with. This is as far as the trial judge had gone when the respondents instituted their appeal. It is an interesting question whether, if the inquiries disclosed breach of fiduciary duty, relief could be awarded on that basis. But that is not before us. The assessment of damages has not yet taken place. The course being followed by the trial judge was frustrated by the respondent's appeal and the Court of Appeal's dismissal of the appellant's entire case. After succeeding at trial the appellant finds himself out of court, not because the Court of Appeal found the trial judge was wrong in finding liability for breach of the *Partnership Act*, but

instance ne s'est pas demandé si l'infraction à la Loi constituait aussi, dans les circonstances de l'espèce, un manquement à une obligation de fiduciaire. Toute vente qui rendait impossible l'exercice des activités normales de la société contrevenait de toute évidence à la Loi. Une vente faite par le commandité à lui-même pourrait en outre (sous réserve du droit commun et des dispositions du contrat de société) constituer un manquement à une obligation de fiduciaire. Le juge de première instance n'a pas tiré cette conclusion. Il a conclu à l'existence d'une responsabilité fondée uniquement sur l'infraction à la Loi.

Cela fait-il une différence, aux fins de l'évaluation des dommages-intérêts, que la vente des terres inexploitées qui, en fait, a mis un terme aux activités de la société, ait constitué uniquement une infraction à la *Partnership Act* ou qu'elle ait aussi constitué un manquement à une obligation de fiduciaire en étant faite au commandité? Si le juge de première instance a raison d'affirmer que la vente à un cessionnaire qui sait que la vente enfreint la Loi fait en sorte que le cessionnaire détient les terres pour la société en vertu d'une fiducie par interprétation, cela ne fait probablement guère de différence. Si, toutefois, comme semble le présumer la Cour d'appel, une infraction à l'al. 55b) de la *Partnership Act* ne donne lieu qu'à une action en dommages-intérêts, cela peut vraiment faire une différence. Je me demande cependant si cela fait quelque différence quant au droit du demandeur à une reddition de comptes et à une investigation portant sur les circonstances ayant entouré les opérations de l'intimé relativement aux biens-fonds et aux éléments d'actif de la société, et c'est cela qu'il nous faut examiner. Voilà où en était le juge de première instance lorsque les intimés ont interjeté leur appel. Il serait intéressant de savoir si, dans l'éventualité où l'investigation révélerait un manquement à une obligation de fiduciaire, un redressement pourrait être accordé sur ce fondement. Mais ce n'est pas de cela dont nous sommes saisis. L'évaluation des dommages-intérêts n'a pas encore été faite. L'appel interjeté par les intimés et le rejet par la Cour d'appel de l'ensemble de la demande de l'appellant ont mis un terme à la ligne de conduite suivie par le juge de première instance. Après avoir eu gain de cause en première instance,

because the Court of Appeal could find no liability for breach of fiduciary duty.

While the *Partnership Act* contains no specific remedies for breach of its limited partnership provisions, s. 57(b) does give Limited Partners broad rights of account and information:

57 A limited partner has the same right as has a general partner

(b) to be given, on demand, true and full information of all things affecting the limited partnership, and to be given a formal account of partnership affairs whenever circumstances render it just and reasonable, and

While I would not wish to attempt an exhaustive definition of "just and reasonable circumstances", it seems to me that breach of s. 55(b) would certainly be such a circumstance. Section 55(b) confers on the General Partner the duty to refrain from doing any act which makes it impossible to carry on the ordinary business of the partnership. It confers a special duty on one type of partner in addition to the other duties all partners have at common law, in equity, and by statute. I see no reason why such a statutory duty should not be enforced in the same way as these others. Section 80 of the Act provides:

80 The rules of equity and of common law applicable to partnership continue in force except where they are inconsistent with the express provisions of this Act.

It is trite law that where one partner breaches one of the many duties it owes to another the law will impose a constructive trust on any property affected and will grant the injured party the right to a full accounting of all necessary aspects of the partnership: see *Lindley on Partnership* (14th ed. 1979), p. 553. Such an accounting need not be accompanied by a dissolution and the General Partner has not sought to dissolve the partnership pursuant to its power to do so under Articles XV

l'appelant se retrouve débouté non parce que la Cour d'appel a jugé que le juge de première instance a eu tort de conclure à la responsabilité pour infraction à la *Partnership Act*, mais parce qu'elle n'a pu conclure à aucune responsabilité pour manquement à une obligation de fiduciaire.

La *Partnership Act* ne prévoit aucun recours exprès en cas d'infraction à ses dispositions sur la société en commandite, mais l'al. 57b) confère aux commanditaires des droits étendus en matière de reddition de comptes et d'information:

[TRADUCTION] 57 Le commanditaire a le même droit que le commandité

b) à l'obtention, sur demande, de renseignements complets et exacts sur tout sujet touchant à la société en commandite et à un compte rendu formel des affaires de la société lorsque les circonstances font que cela est juste et raisonnable, et . . .

Sans vouloir donner une définition exhaustive de l'expression «circonstances justes et raisonnables», il me semble qu'une infraction à l'al. 55b) est certainement une circonstance de ce genre. Aux termes de l'al. 55b), le commandité se doit d'éviter d'accomplir un acte qui rend impossible l'exercice des activités normales de la société. Il impose une obligation spéciale à un type d'associé, en sus des autres obligations que tous les associés ont en vertu de la *common law*, de l'*equity* et de la loi. Je ne vois aucune raison de ne pas faire respecter cette obligation légale de la même manière que les autres. L'article 80 de la Loi porte:

[TRADUCTION] 80 Les règles d'*equity* et de *common law* applicables aux sociétés continuent de s'appliquer dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions expresses de la présente loi.

Il est bien établi que, lorsque l'un des associés manque à l'une des nombreuses obligations qu'il a envers un autre associé, le droit lui impose une fiducie par interprétation à l'égard de tout bien qui est touché et confère à la partie lésée le droit à une reddition de comptes complète sur tous les aspects essentiels de la société: voir *Lindley on Partnership* (14th ed. 1979), à la p. 553. Cette reddition de comptes n'a pas à être accompagnée d'une dissolution; d'ailleurs le commandité n'a pas cherché à

and XVI of the Partnership Agreement. In *Lindley*, *supra*, the author states at p. 556:

It was formerly considered that no account between partners could be taken in equity, save with a view to a dissolution, and a bill praying an account but not a dissolution has been held bad on demurrer. But this rule has been gradually relaxed; for it has been felt that more injustice frequently arose from the refusal of the court to do less than complete justice, than could have arisen from interfering to no greater extent than was desired by the suitor aggrieved.

The old rule, therefore, that a decree for an account between partners will not be made save with a view to the final determination of all questions and cross-claims between them, and to a dissolution of the partnership, must be regarded as considerably relaxed, although it is still applicable where there is no sufficient reason for departing from it.

Lindley then goes on to discuss the situations in which an accounting without a dissolution is appropriate and one of them is where the propriety of a specific transaction only is attacked, as in this case. The partners can then sue for an accounting to obtain whatever benefit is due to them as a result of that transaction. This is what the appellant did.

I believe also that Shannon J.'s order can be upheld as a reasonable exercise of the trial judge's discretion under the *Alberta Rules of Court*. Rule 418 confers a very broad discretionary power by which a trial judge may order "accounts and inquiries" at "any stage in an action". The Alberta courts have not generally limited the discretion of a trial judge in applying this Rule of Court and the decision of the Court of Appeal in this case does not do so. Moreover, the order itself authorizes an application for modification or clarification of its

dissoudre la société, comme il en avait le pouvoir en vertu des articles XV et XVI du contrat de société. Dans *Lindley*, précité, l'auteur écrit, à la p. 556:

^a [TRADUCTION] On considèrerait auparavant qu'il ne pouvait y avoir reddition de comptes entre associés selon l'*equity*, sauf en vue d'une dissolution, et une demande concluant à une reddition de comptes mais non à la dissolution a été jugée mal fondée sur une requête en radiation de la demande. Mais cette règle a été progressivement assouplie, car on a estimé qu'il était fréquent qu'une plus grande injustice résulte du refus du tribunal de faire moins que complètement justice que ce serait le cas en n'intervenant que dans la mesure souhaitée par le plaideur lésé.

En conséquence, l'ancienne règle portant qu'un jugement ordonnant une reddition de comptes entre associés ne sera rendu qu'en vue de trancher définitivement toutes les questions et réclamations incidentes entre eux et de dissoudre la société, doit être considérée comme considérablement assouplie, bien qu'elle soit toujours applicable lorsqu'il n'existe aucune raison suffisante de s'en écarter.

Lindley poursuit par une analyse des cas où une reddition de comptes sans dissolution est indiquée, dont l'un d'eux est celui où l'on conteste, comme en l'espèce, la régularité d'une seule opération précise. Les associés peuvent alors tenter une action en vue d'obtenir une reddition de comptes de manière à récupérer tout bénéfice qui leur est dû par suite de cette opération. C'est ce que l'appellant a fait.

Je crois aussi que l'ordonnance du juge Shannon peut être confirmée à titre d'exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire que le juge de première instance possède en vertu des *Alberta Rules of Court*. L'article 418 de ces règles confère un pouvoir discrétionnaire fort large aux termes duquel le juge de première instance peut ordonner une «reddition de comptes» ou une «investigation» «à toute étape de la cause». En général, les tribunaux albertains n'ont pas limité le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'appliquer cet article des règles de pratique, pas plus que ne le fait l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce. De plus, l'ordonnance elle-même autorise les demandes de modification ou de clarification de ses dispositions.

provisions. This would have been open to the respondents.

IV Conclusions

(1) The trial judge made a valid finding of fact on the evidence that it was impossible for the partnership to carry on its ordinary business and that s. 55(b) of the *Partnership Act* had accordingly been breached.

(2) That finding of fact was not interfered with by the Court of Appeal. That Court did not address the issue of breach of the Act at all and certainly found no "palpable and overriding error" by the trial judge. The finding should therefore not be interfered with by this Court.

(3) The trial judge, having made a finding of liability, made a valid order for accounts and inquiries pursuant to the *Partnership Act* and the *Alberta Rules of Court*.

V Disposition

In light of these conclusions I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and remit the matter back to the trial judge so that damages, if any, may be assessed following the accounting and inquiries. I would do this without prejudice to the rights of the respondents to apply to the trial judge for modification or clarification of his order for an accounting and inquiries if so advised. I would award the appellant his costs both here and in the court below.

VI Breach of Fiduciary Duty

In light of my disposition of this appeal as outlined above it is perhaps unnecessary for me to address the issue dealt with by the Court of Appeal, namely whether the General Partner breached its fiduciary duty to the plaintiff apart from its breach of s. 55(b) of the *Partnership Act*. The Court of Appeal found no such breach. With respect, I take a different view and, were it necessary to do so, I would reverse the Court of Appeal on this issue also.

Il aurait été loisible aux intimés de faire une telle demande.

IV Conclusions

(1) Le juge de première instance a eu raison de conclure vu la preuve soumise que la société était dans l'impossibilité d'exercer ses activités normales et que l'al. 55b) de la *Partnership Act* avait par conséquent été enfreint.

(2) La Cour d'appel n'a pas infirmé cette constatation de fait. Elle n'a absolument pas abordé la question d'une infraction à la Loi et n'a certainement conclu à aucune «erreur manifeste et dominante» de la part du juge de première instance. La constatation, par conséquent, ne devrait pas faire l'objet d'une intervention de la Cour.

(3) Le juge de première instance, ayant constaté qu'il y avait responsabilité, a rendu une ordonnance valide de reddition de comptes et d'investigation, conformément à la *Partnership Act* et aux *Alberta Rules of Court*.

V Dispositif

Compte tenu de ces conclusions, je suis d'avis d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de renvoyer l'affaire au juge de première instance pour qu'il procède à une évaluation des dommages-intérêts, s'il y a lieu, après reddition de comptes et investigation. Je suis d'avis de statuer en ce sens, sous toute réserve des droits des intimés de demander au juge de première instance de modifier ou de clarifier son ordonnance de reddition de comptes et d'investigation, s'il leur est conseillé de le faire. Je suis d'avis d'accorder à l'appelant ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

VI Le manquement à l'obligation de fiduciaire

Compte tenu de la façon précitée dont je statue sur le pourvoi, il ne m'est sans doute pas nécessaire d'aborder la question examinée par la Cour d'appel, soit celle de savoir si le commandité a manqué à son obligation de fiduciaire envers le demandeur, en plus de violer l'al. 55b) de la *Partnership Act*. La Cour d'appel n'a conclu à aucun manquement de ce genre. Avec égards, j'adopte un point de vue différent et, s'il était nécessaire de le faire, j'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point également.

It is my view that the sale by the General Partner of the non-producing lands of the partnership to itself, without the consent of all the Limited Partners, is a classic breach of fiduciary duty. I agree with Estey J. that one of the cardinal rules to be observed by one who stands in a fiduciary position—be it trustee, partner or director—is that the fiduciary must not sell to himself or herself property which rightly belongs to the *cestui que trust*—be it beneficiary, partnership or corporation (*Ex P. James* (1803), 8 Ves. Jun. 337, 32 E.R. 385 (Ch.); *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers* (1854), 1 Macq. 461). In *Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleums Ltd.* (1975), 60 D.L.R. (3d) 658 (Alta. C.A.), Sinclair J.A. said at p. 674:

To summarize, it seems beyond question that a trustee must not sell property to himself, whether or not he makes a profit, except under the most stringent of conditions. The rule equally applies to sales to persons, to firms or to companies in which the trustee is interested.

Any such sale is voidable at the instance of the limited partners even if the General Partner acted in good faith and paid a fair consideration for the property. It would take the clearest of language in the constitutive documents of the partnership to permit such a sale and, in my opinion, no such language is present. I agree with my colleague that the partnership agreement gives the General Partner the power to acquire and dispose of partnership lands and that it contemplates and authorizes the General Partner to be in a conflict of interest position *vis-à-vis* the partnership in conducting its own business. It does not, however, go so far as to permit the sale of partnership assets by the General Partner to itself. The Court of Appeal was, in my view, in error in thinking that it did.

My colleague, however, has discussed the possibility of this Court's giving *ex post facto* judicial approval to the sale made in breach of the General Partner's fiduciary duty. The respondents submitted that this was in fact what the Court of Appeal

Je suis d'avis que la vente faite par le commandité à lui-même des terres inexploitées de la société, sans le consentement de tous les commanditaires, constitue un manquement classique à l'obligation de fiduciaire. Je conviens avec le juge Estey que l'une des règles cardinales que doit observer la personne qui se trouve dans une situation de confiance, qu'il s'agisse d'un fiduciaire, d'un associé ou d'un administrateur, porte qu'elle ne doit pas se vendre à elle-même les biens appartenant de droit au *cestui que trust*, qu'il s'agisse d'un bénéficiaire, d'une société ou d'une compagnie (*Ex P. James* (1803), 8 Ves. Jun. 337, 32 E.R. 385 (Ch.), *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers* (1854), 1 Macq. 461). Dans l'arrêt *Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleums Ltd.* (1975), 60 D.L.R. (3d) 658 (C.A. Alb.), le juge Sinclair dit, à la p. 674:

[TRADUCTION] En résumé, il semble ne faire aucun doute qu'un fiduciaire ne doit pas vendre à lui-même des biens en fiducie, peu importe qu'il réalise ou non un profit, à moins que ne soient remplies les conditions les plus strictes. La règle s'applique tout autant à des ventes à des particuliers, à des firmes ou à des sociétés dans lesquelles le fiduciaire a des intérêts.

Toute vente de ce genre est annulable à la demande des commanditaires, même si le commandité a agi de bonne foi et a versé une juste contrepartie pour les biens. Il faudrait une stipulation des plus claires dans les actes constitutifs de la société pour autoriser ce genre de vente; or, à mon avis, aucune stipulation de ce genre ne s'y trouve. Je reconnais avec mon collègue que le contrat de société confère au commandité le pouvoir d'acquiescer et d'aliéner les terrains de la société et qu'il prévoit que le commandité sera en situation de conflit d'intérêts vis-à-vis de la société dans la poursuite de sa propre entreprise, tout en permettant que cela se produise. Il ne va pas toutefois jusqu'à permettre que le commandité se vende à lui-même les avoirs de la société. La Cour d'appel a, à mon avis, eu tort de penser qu'il permettait cela.

Mon collègue, cependant, a étudié la possibilité pour la Cour d'approuver après coup la vente. Les intimés soutiennent que c'est ce que la Cour d'appel a fait en réalité. Si c'est vraiment ce que la Cour d'appel a fait, elle n'en a certainement donné

did. If this is, indeed, what the Court of Appeal did, it certainly gave no hint of it in its reasons and it seems quite inconsistent with its conclusion that the respondents committed no breach of fiduciary duty. Why would court approval be needed in those circumstances?

In any event, I do not believe that this is an appropriate case for *ex post facto* court approval. Such approval is only given in very exceptional circumstances. My colleague relies on various American authorities cited in *Scott on Trusts*, vol. 2A (4th ed. 1987), at p. 339, where it is stated:

Not only may the court authorize a sale of trust property to the trustee personally, but after such a sale has taken place the court may approve the sale, if it still appears that the sale is for the best interest of the trust estate.

However, the cases cited by Scott demonstrate that the courts require compelling evidence not only that the sale is the best bargain for the estate but also that there are exceptional circumstances. In *Malone's Guardian Ad Litem v. Malone*, 73 S.W.2d 38 (Ky. 1934), for example, a scheme to sell part of an estate to the executrix was instigated and brought to fruition by a beneficiary who subsequently became insane. Moreover, the sale was for the purpose of disencumbering the beneficiary's land from a mortgage on it. These circumstances permitted Richardson J. to conclude that the trustee (p. 41):

... has not trafficked in the estate for her own emolument nor has she designedly acquired an interest opposite the devisees . . . She has merely perfected his own plan, formulated by him when of sound mind. The unusual and peculiar facts herein and the necessities of equity clearly take this case out of the general rule that a trustee cannot buy from himself the trust property . . .

Similarly unusual circumstances prevailed in *Honeywell v. Dominick*, 76 S.E.2d 59 (S.C. 1953), where the sale of property relieved the estate of a considerable financial burden and the only "objections" came from beneficiaries not yet born. These potential beneficiaries were represented by a third

aucun indice dans ses motifs et cela semblerait tout à fait incompatible avec sa conclusion que les intimés n'ont nullement manqué à leur obligation de fiduciaires. Pourquoi alors serait-il nécessaire d'obtenir une approbation judiciaire dans ces circonstances?

Quoi qu'il en soit, je ne pense pas qu'il s'agisse d'un cas qui se prête à une approbation judiciaire après coup. Une telle approbation n'est donnée que dans des circonstances très exceptionnelles. Mon collègue s'appuie sur divers précédents américains cités dans *Scott on Trusts*, vol. 2A (4th ed. 1987), à la p. 339, où il est dit:

[TRADUCTION] Non seulement la cour peut-elle autoriser la vente de biens en fiducie au fiduciaire en sa qualité personnelle, mais elle peut l'approuver après coup si la vente paraît encore être pour le plus grand avantage du patrimoine de la fiducie.

Cependant la jurisprudence citée par Scott démontre que les tribunaux exigent des preuves concluantes, non seulement que la vente est ce qu'on peut faire de mieux pour le patrimoine, mais aussi qu'il existe des circonstances exceptionnelles. Dans l'arrêt *Malone's Guardian Ad Litem v. Malone*, 73 S.W.2d 38 (Ky. 1934), par exemple, un projet de vente d'une partie d'une succession à l'exécutrice testamentaire avait été conçu et mené à terme par un bénéficiaire subséquentment frappé d'aliénation mentale. En outre, la vente avait pour but de purger un bien-fonds du bénéficiaire de l'hypothèque qui le grevait. Ces circonstances permirent au juge Richardson de conclure que la fiduciaire (p. 41):

[TRADUCTION] . . . n'a pas trafiqué la succession à son propre profit pas plus qu'elle n'a délibérément acquis un intérêt opposé à ceux des légataires [. . .] Elle a simplement mené à terme le plan qu'il avait lui-même formulé alors qu'il était sain d'esprit. Les faits particuliers et inhabituels de l'espèce et les exigences de l'*equity* font manifestement que cette affaire échappe à la règle générale voulant qu'un fiduciaire ne saurait se vendre à lui-même les biens en fiducie . . .

Des circonstances inhabituelles similaires ont prévalu dans l'arrêt *Honeywell v. Dominick*, 76 S.E.2d 59 (S.C. 1953) où la vente des biens déchargeait la succession d'un fardeau financier considérable et où les seules «objections» provenaient de bénéficiaires à naître. Ces bénéficiaires

party who attempted to evade a contract he had signed to buy the land by impugning the transaction by which the vendor had acquired it over a decade before.

There are many other cases in which U.S. courts have refused retrospective approval: see *Clay v. Thomas*, 198 S.W. 762 (Ky. 1917); *Morse v. Hill*, 136 Mass. 60 (1883). Indeed, some of the cases cited in *Scott*, *supra*, do not support his general proposition: see *Farley v. Davis*, 116 P.2d 263 (Wash. 1941), where the purchaser was held not to be a trustee.

English and Canadian courts have, if anything, applied an even stricter test for *ex post facto* approval. While the prohibition against purchase may be avoided by a court order (*Halsbury's Laws of England*, vol. 48, 4th ed., p. 436), the cases reveal that this order must be sought prior to the sale: *Campbell v. Walker* (1800), 5 Ves. Jun. 678, 31 E.R. 801, *per* Lord Arden, M.R. at p. 681 Ves. Jun., 802 E.R.; *Farmer v. Dean* (1863), 32 Beav. 327, 55 E.R. 128; *Tennant v. Trenchard* (1869), 4 Ch. App. 537. Only in *Holder v. Holder*, [1968] Ch. 353 (C.A.), described in *Halsbury's*, *supra*, at p. 437 as a unique case, was *ex post facto* approval given by an English court. But in that case there was such a degree of involvement in the sale by the beneficiary that the court considered that he "must be taken to have acquiesced in or to have confirmed the sale and cannot now claim to have the sale set aside", *per* Danckwerts L.J. at p. 399.

Canadian courts have also applied a very strict test. Indeed, I have found no case in which retrospective approval was granted. The decision of Disbery J. in *Re Courtney and Mackie* (1972), 23 D.L.R. (3d) 564 (Sask. Q.B.), cited by my colleague, does not assist the respondents here. The power to grant approval was conferred by statute in that case but the court nevertheless refused retrospective endorsement, holding that the application to the court should have been made prior to the sale. Disbery J. stated at p. 566:

éventuels étaient représentés par un tiers qui avait tenté de contourner un contrat qu'il avait signé en vue d'acheter un bien-fonds, en contestant l'opération par laquelle le vendeur l'avait acquis plus d'une décennie auparavant.

Il existe de nombreux cas où les tribunaux américains ont refusé l'approbation rétroactive: voir *Clay v. Thomas*, 198 S.W. 762 (Ky. 1917), *Morse v. Hill*, 136 Mass. 60 (1883). D'ailleurs, une partie de la jurisprudence citée dans *Scott*, précité, ne corrobore pas sa thèse générale: voir *Farley v. Davis*, 116 P.2d 263 (Wash. 1941) où on a jugé que l'acheteur n'était pas fiduciaire.

Les tribunaux anglais et canadiens ont appliqué un critère d'approbation après coup peut-être encore plus strict. Si l'interdiction d'acheter peut être contournée par une ordonnance judiciaire (*Halsbury's Laws of England*, vol. 48, 4th ed., à la p. 436), la jurisprudence nous apprend que cette ordonnance doit être demandée préalablement à la vente: *Campbell v. Walker* (1800), 5 Ves. Jun. 678, 31 E.R. 801, lord Arden, maître des rôles, à la p. 681 Ves. Jun., 802 E.R., *Farmer v. Dean* (1863), 32 Beav. 327, 55 E.R. 128, *Tennant v. Trenchard* (1869), 4 Ch. App. 537. Ce n'est que dans l'arrêt *Holder v. Holder*, [1968] Ch. 353 (C.A.), décrit comme un cas unique dans *Halsbury's*, précité, à la p. 437, qu'un tribunal anglais a donné son approbation après coup. Mais, dans cette affaire, le bénéficiaire était à ce point impliqué dans la vente que le tribunal a jugé qu'il [TRADUCTION] «faut considérer qu'il a acquiescé à la vente ou l'a confirmée et qu'il ne peut maintenant en réclamer l'annulation», le lord juge Danckwerts, à la p. 399.

Les tribunaux canadiens ont eux aussi appliqué un critère fort strict. D'ailleurs, je n'ai trouvé aucune affaire où une confirmation rétroactive a été accordée. La décision du juge Disbery, dans l'affaire *Re Courtney and Mackie* (1972), 23 D.L.R. (3d) 564 (B.R. Sask.), que cite mon collègue, n'est d'aucune utilité aux intimés en l'espèce. Le pouvoir d'accorder l'approbation était conféré par la loi dans cette affaire, mais le tribunal a néanmoins refusé de donner une approbation rétroactive, jugeant que la demande aurait dû lui être faite préalablement à la vente. Le juge Disbery dit, à la p. 566:

Except in exceptional circumstances the application to approve a sale should be made at a time when the Court is free to either approve or refuse to approve. The Court should be asked to approve a *proposed* sale or a sale made subject to the obtaining of the court's approval thereto; and on the hearing of such applications all interested non-concurring parties would have an opportunity to be heard. This application is an attempt to obtain *ex post facto* approval for a sale . . . I decline in the circumstances of this case to give such *ex post facto* approval . . . [Emphasis in original.]

Similarly, in *Re Mitchell Estates* (1956), 19 W.W.R. 86 (Sask. Q.B.), a case which predated the statute considered in *Re Courtney, supra*, Thomson J. stated at p. 89:

I recognize that there may be cases in which it would be to the advantage of an estate to permit an executor or administrator to purchase property of the estate but those are special cases and *prima facie* no sale of estate property to the executor or administrator by which the estate is being administered can be treated as a good and valid sale unless all those entitled to share in the distribution of the estate consent thereto or unless the sale is first approved by a court of competent jurisdiction . . . [Emphasis added.]

In *Re Mitchell* one of the next-of-kin had not consented to the sale of property of the estate to the administrator of the estate nor had the administrator attained prior court approval. However, Thomson J. made an order permitting the administrator to apply for *ex post facto* court approval. He said at p. 89:

In this case the respondent Helen E. Falconer has refused to consent to the sale. Unless, therefore, the appellant can obtain an order of the Court of Queen's Bench approving the sale of the land to her, she would *prima facie* have to account on the basis that there had been no sale of the land to her. Among other things, that would mean that she would have to account for the rents and profits since she assumed the administration of the estate.

In this case, however, the appellant has evidently assumed that she had the right to take over the land and I am of the opinion that in fairness to her she should

[TRANSDUCTION] Sauf dans des circonstances exceptionnelles, la demande d'approbation d'une vente doit être présentée à un moment où la cour est libre soit de donner son approbation, soit de refuser de la donner. On devrait demander à la cour d'approuver un *projet* de vente ou une vente effectuée sous réserve de l'obtention de l'approbation de la cour et, à l'audition de telles demandes, toutes les parties intéressées qui s'y opposent devraient avoir la possibilité de se faire entendre. La présente demande est une tentative d'obtenir l'approbation après coup d'une vente [. . .] je refuse, dans les circonstances de l'espèce, de donner cette approbation après coup . . . [Italique dans l'original.]

De même, dans l'affaire *Re Mitchell Estates* (1956), 19 W.W.R. 86 (B.R. Sask.), survenue antérieurement à la loi étudiée dans l'affaire *Re Courtney*, précitée, le juge Thomson affirme, à la p. 89:

[TRANSDUCTION] Je reconnais qu'il peut y avoir des cas où il serait avantageux pour la succession d'autoriser l'exécuteur ou l'administrateur à acheter les biens de la succession, mais il s'agit là de cas spéciaux et, à première vue, aucune vente des biens de la succession à l'exécuteur ou à l'administrateur qui gère la succession ne saurait être considérée comme une vente bonne et valide, à moins que ceux qui ont droit à une part de la succession n'y consentent ou à moins que la vente ne soit d'abord approuvée par le tribunal compétent . . . [Je souligne.]

Dans l'affaire *Re Mitchell*, l'un des proches parents n'avait pas consenti à la vente des biens de la succession à l'administrateur de celle-ci et l'administrateur n'avait pas non plus obtenu d'approbation judiciaire préalable. Néanmoins, le juge Thomson a rendu une ordonnance autorisant l'administrateur à demander une approbation judiciaire après coup. Voici ce qu'il dit, à la p. 89:

[TRANSDUCTION] Dans cette affaire, l'intimée Helen E. Falconer a refusé de consentir à la vente. Donc, à moins que l'appelante ne puisse obtenir une ordonnance de la Cour du Banc de la Reine approuvant la vente du bien-fonds à elle-même, il lui faudrait, à première vue, rendre compte comme si le bien-fonds ne lui avait pas été vendu. Cela signifierait notamment qu'elle aurait à rendre compte des loyers et profits depuis qu'elle a assumé l'administration de la succession.

En l'espèce, toutefois, l'appelante a manifestement présumé qu'elle avait le droit d'acquiescer le bien-fonds et je suis d'avis, pour lui rendre justice, qu'elle devrait

have an opportunity of applying to the Court of Queen's Bench for an order determining what right, if any, she has in the said land or alternatively for an order approving the sale thereof to her.

I can find no record of such an application having been made.

Even were this Court to entertain an application for *ex post facto* approval, the circumstances of this case surely do not warrant the grant of such an order. An applicant for prospective court approval of a sale must show that a sale of the property was necessary, that no other purchaser was forthcoming or was likely to come forward within a reasonable time and that his offer in the circumstances was a favourable one: see *Waters, Law of Trusts in Canada*, at p. 630. For a case in which this stringent onus was met, see *Re Nathanson* (1971), 18 D.L.R. (3d) 495 (N.S.S.C.) It certainly cannot be met by the respondents in this case. And the burden is on the respondents to show that the sale meets this stringent onus and not, as my colleague suggests, on the appellant to show prejudice to him. Moreover, it seems to me to be an almost impossible onus for the respondents to meet having regard to the trial judge's finding that the sale violated s. 55(b) of the *Partnership Act*. Indeed, if the trial judge is correct, and (as already pointed out) his finding in that regard has not been reversed, the jurisdiction of a court to approve such a sale may, to say the least, be a matter of considerable doubt.

I see no ground, therefore, on which this Court could approve the sale by the General Partner of the non-producing lands of the partnership to itself if such an application were to be made. I should add that the trial judge was, through his order for an accounting and inquiries, attempting to obtain information which might shed some light on the state of the partnership accounts and assets and the circumstances surrounding the sale. There is certainly a dearth of information in the record as my colleague has pointed out. The procedure followed by the respondents in this case has, however,

pouvoir demander à la Cour du Banc de la Reine une ordonnance déterminant quel droit, le cas échéant, elle peut avoir sur ledit bien-fonds ou, subsidiairement, une ordonnance approuvant la vente de ce bien-fonds qui lui a été faite.

Je ne puis trouver en l'espèce aucune trace d'une demande de ce genre.

Même si la Cour devait être saisie d'une demande d'approbation après coup, les circonstances de la présente affaire ne justifient certainement pas la délivrance d'une telle ordonnance. La personne qui demande l'approbation judiciaire d'une vente doit démontrer que la vente du bien était nécessaire, qu'aucun autre acheteur ne s'est présenté ou n'était susceptible de se présenter dans un délai raisonnable et que son offre, eu égard aux circonstances, était avantageuse: voir *Waters, Law of Trusts in Canada*, à la p. 630. Pour une affaire où cette obligation stricte a été remplie, voir *Re Nathanson* (1971), 18 D.L.R. (3d) 495 (C.S.N.-É.) Les intimés ne peuvent certainement pas y satisfaire en l'espèce. Or, il incombe aux intimés d'y satisfaire et non pas, comme le laisse entendre mon collègue, à l'appelant de démontrer le préjudice que lui cause la vente des biens inexploités de la société. En outre, il me semble qu'il est à peu près impossible aux intimés de s'acquitter de cette obligation, si l'on considère la constatation du juge de première instance que la vente a enfreint l'al. 55b) de la *Partnership Act*. En fait, si le juge de première instance a raison, et (comme nous l'avons déjà souligné) sa constatation à cet égard n'a pas été infirmée, on peut, c'est le moins que l'on puisse dire, douter fort qu'un tribunal ait compétence pour approuver une vente de ce genre.

Je ne vois donc aucune raison pour que la Cour approuve la vente, faite par le commandité à lui-même, des terres inexploitées de la société si jamais une demande de ce genre lui est faite. Je dois ajouter que le juge de première instance cherchait, par son ordonnance de reddition de comptes et d'investigation, à obtenir des renseignements susceptibles de jeter un peu de lumière sur le passif et l'actif de la société et sur les circonstances qui ont entouré la vente. Il y a certainement pénurie de renseignements dans ce dossier, comme mon collègue l'a souligné. La ligne de conduite suivie par les

successfully frustrated the trial judge's efforts. If they are now seeking the Court's approval to the sale, I do not think the Court is in a position to give it.

For these reasons also I would dispose of the appeal as previously indicated.

Appeal dismissed with costs, WILSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ballem, McDill & MacInnes, Calgary.

Solicitors for the respondents: Howard, Mackie, Calgary.

intimés en l'espèce leur a toutefois permis de déjouer les efforts du juge de première instance. S'ils demandent maintenant à la Cour l'approbation de la vente, je ne pense pas qu'elle soit en mesure de la leur accorder.

Pour ces raisons également, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon déjà indiquée.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge WILSON est dissidente.

Procureurs de l'appelant: Ballem, McDill & MacInnes, Calgary.

Procureurs des intimés: Howard, Mackie, Calgary.

Andrew McDonald Reakes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. REAKES

File No.: 20465.

1988: March 1.

Present: Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal Law — Evidence — Whether the trial judge erred in discounting the accused's testimony — Appeal as of right.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1987] B.C.D. Crim. Conv. 5265-04, dismissing the accused's appeal from a conviction on a charge of robbery and use of a firearm. Appeal dismissed.

Edward Horembala and Neil Sacks, for the appellant.

A. M. Stewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

ESTEY J.—We are all of the view that the appeal must fail. We find no error in the disposition of the appeal by the majority of the Court of Appeal. Accordingly the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hogan & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Andrew McDonald Reakes *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a RÉPERTORIÉ: R. C. REAKES

N^o du greffe: 20465.

1988: 1^{er} mars.

^b Présents: Les juges Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé.

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

^c *Droit criminel — Preuve — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant le témoignage de l'accusé? — Pourvoi de plein droit.*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1987] B.C.D. Crim. Conv. 5265-04, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé relativement à une déclaration de culpabilité de vol qualifié et d'utilisation d'une arme à feu. Pourvoi rejeté.

^e *Edward Horembala et Neil Sacks*, pour l'appellant.

A. M. Stewart, pour l'intimée.

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

^g LE JUGE ESTEY—Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit échouer. Nous estimons que la Cour d'appel à la majorité n'a pas commis d'erreur en rendant son arrêt. Le pourvoi est en conséquence rejeté.

Jugement en conséquence.

^h *Procureurs de l'appellant: Hogan & Company, Vancouver.*

ⁱ *Procureur de l'intimée: Le ministre du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

Anthony Stamper, an infant and person of unsound mind not so found by inquisition, by his next friend, Margaret Stamper *Appellant*

v.

Canadian National Railway Company and VIA Rail Canada Inc. *Respondents*

INDEXED AS: STAMPER v. C.N.R.

File No.: 20537.

1988: March 1; 1988: March 2.

Present: Estey, McIntyre, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Torts — Courts — Rules of court providing for advance payment where "liability is established" — Advance payment sought from C.N.R. only, and granted — Absent a claim, appeal against VIA Rail dismissed — Application for interest on moneys ordered to be advanced dismissed — Costs awarded.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal allowing an appeal from a judgment of Deschênes J. granting an application for advance payment of special damages. Appeal allowed with respect to the respondent Canadian National Railway Company; appeal dismissed with respect to the respondent VIA Rail Canada Inc.

Levi Clain, Q.C., for the appellant.

David M. Norman, Q.C., for the respondent Canadian National Railway Company.

George LeBlanc and *James Anderson, Q.C.*, for the respondent VIA Rail Canada Inc.

The following is the judgment delivered orally by

THE COURT—At the opening of the hearing of this appeal, motion was made by the appellant to file the reasons for judgment of Deschênes J. and the Court of Appeal of New Brunswick in these

Anthony Stamper, un mineur et faible d'esprit n'ayant pas été déclaré ainsi par voie d'enquête judiciaire et représenté par sa tutrice à l'instance, Margaret Stamper

a Appellant

c.

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et VIA Rail Canada Inc. *Intimées*

b

RÉPERTORIÉ: STAMPER c. C.N.

N° du greffe: 20537.

1988: 1^{er} mars; 1988: 2 mars.

c

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

d

Responsabilité délictuelle — Tribunaux — Paiement anticipé prévu par les règles de la cour lorsque la «responsabilité est établie» — Paiement anticipé réclamé seulement au C.N. accordé — Rejet du pourvoi contre VIA Rail en l'absence de réclamation — Rejet de la demande d'intérêts sur les montants dont le versement anticipé est ordonné — Dépens accordés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick qui a accueilli un appel interjeté contre un jugement du juge Deschênes qui avait accueilli une demande de paiement anticipé au titre des dommages-intérêts spéciaux. Pourvoi accueilli en ce qui a trait à l'intimée la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada; pourvoi rejeté en ce qui a trait à l'intimée VIA Rail Canada Inc.

Levi Clain, c.r., pour l'appellant.

David M. Norman, c.r., pour l'intimée la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

George LeBlanc et *James Anderson, c.r.*, pour l'intimée VIA Rail Canada Inc.

i

Version française du jugement rendu oralement par

LA COUR—Au début de l'audition du présent pourvoi, l'appellant a demandé l'autorisation de déposer les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le juge Deschênes de première instance et la

proceedings, respectively dated February 2, 1988 and February 26, 1988. This motion is granted.

The appellant in the course of the hearing of this appeal amended his application to claim the payment of the sum of two hundred thousand (\$200,000) dollars "as advance payment of special damages for rehabilitation purposes" from the respondent Canadian National Railway Company only, and this appeal is accordingly dismissed as against the respondent VIA Rail Canada Inc. without costs.

The appellant further amended his application in respect of which this appeal was brought before this Court by adding:

- (a) a claim for interest on any moneys ordered to be advanced hereunder from the date of the order of Deschênes J.; and,
- (b) for costs on this appeal, here and in the courts below, on a solicitor and client basis.

As we are all substantially in agreement with the reasons of Rice J.A., dissenting in the Court of Appeal, this appeal is allowed, the order of the Court of Appeal below set aside, and

- (a) the application by the appellant for an advance in special damages be granted as against the respondent Canadian National Railway Company only on the terms of the order issued by the learned Justice of first instance, Deschênes J., issued on May 21, 1987, including the order therein made as to costs;
- (b) the application by the appellant for interest shall be and is hereby dismissed;
- (c) the respondent, Canadian National Railway Company, shall pay to the appellant his costs in the Court of Appeal in the amount proposed by Rice J.A. in reasons for judgment herein issued on April 5, 1987; and
- (d) the respondent, Canadian National Railway Company, shall pay to the appellant

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, lesquels motifs sont datés respectivement du 2 février 1988 et du 26 février 1988. Cette requête est accordée.

Au cours de l'audition du pourvoi, l'appelant a modifié sa demande de manière à réclamer de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada seulement, le versement de la somme de deux cent mille dollars (200.000 \$) «à titre de paiement anticipé de dommages-intérêts spéciaux à des fins de réadaptation»; ce pourvoi est par conséquent rejeté sans dépens en ce qui a trait à l'intimée VIA Rail Canada Inc.

L'appelant a également modifié sa demande qui fait l'objet du présent pourvoi en ajoutant:

- a) une demande d'intérêts sur tous les montants dont le versement anticipé est ordonné en vertu des présentes à compter de la date de l'ordonnance du juge Deschênes; et
- b) les dépens de ce pourvoi en cette Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure comme entre avocat et client.

Comme nous sommes essentiellement d'accord avec les motifs du juge Rice, dissident en Cour d'appel, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée, et

- a) la demande de l'appelant visant à obtenir le paiement anticipé des dommages-intérêts spéciaux est accordée à l'encontre de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada seulement, aux conditions énoncées dans l'ordonnance délivrée le 21 mai 1987 par le savant juge Deschênes, y compris l'ordonnance qu'on y trouve relativement aux dépens;
- b) la demande de l'appelant relativement aux intérêts est par la présente rejetée;
- c) l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, paiera à l'appelant ses dépens en Cour d'appel selon le montant proposé par le juge Rice dans les motifs de jugement qu'il a rendus en l'espèce le 5 avril 1987; et
- d) l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, paiera à l'appelant

his costs in this Court on a party and party basis.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: McKelvey, Macaulay, Machum, Saint John; Innes, Bossé & Mills, Moncton.

Solicitors for the respondent Canadian National Railway Company: Hanson, Hashey, Fredericton.

Solicitors for the respondent VIA Rail Canada Inc.: Anderson, Sheehan & McWilliam, Moncton.

ses dépens en cette Cour comme entre parties.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: McKelvey, Macaulay, Machum, Saint John; Innes, Bossé & Mills, Moncton.

Procureurs de l'intimée la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Hanson, Hashey, Fredericton.

Procureurs de l'intimée VIA Rail Canada Inc.: Anderson, Sheehan & McWilliam, Moncton.

B.A.C.M. Industries Limited *Appellant*

v.

Louis L. LoCicero, John Murray Ravin and Rita Ravin *Respondents*

INDEXED AS: LOCICERO v. B.A.C.M. INDUSTRIES LTD.

File No.: 19830.

1988: March 23.

Present: Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Courts — Jurisdiction — Corporations — Determination of fair market value of shares — Appellate court varying disposition at trial — No error shown on part of trial judge — Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1986), 38 Man. R. (2d) 134, 25 D.L.R. (4th) 269, [1986] 3 W.W.R. 152, allowing an appeal from a judgment of Monnin J. (1984), 31 Man. R. (2d) 208, and varying his disposition of the matter. Appeal allowed.

Alan Sweatman, Q.C., and Douglas Abra, for the appellant.

Israel Ludwig and Paul Riccardi, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

ESTEY J.—The majority of the Court of Appeal varied the disposition at trial with reference to the valuation of these shares, the related compensation, and interest. There has been no demonstration of any error in the disposition of these issues by the trial judge. Accordingly the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside, and the judgment of the trial judge is restored with costs to the appellant here and in the courts below.

Judgment accordingly.

B.A.C.M. Industries Limited *Appelante*

c.

Louis L. LoCicero, John Murray Ravin et Rita Ravin *Intimés*

RÉPERTORIÉ: LOCICERO c. B.A.C.M. INDUSTRIES LTD.

N° du greffe: 19830.

b 1988: 23 mars.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Tribunaux — Compétence — Compagnies — Fixation de la juste valeur marchande des actions — Cour d'appel modifiant la décision de première instance — Aucune démonstration d'erreur de la part du juge de première instance — Pourvoi accueilli.

e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1986), 38 Man. R. (2d) 134, 25 D.L.R. (4th) 269, [1986] 3 W.W.R. 152, qui a accueilli un appel interjeté d'un jugement du juge Monnin (1984), 31 Man. R. (2d) 208, et modifié sa décision. Pourvoi accueilli.

f *Alan Sweatman, c.r., et Douglas Abra*, pour l'appelante.

g *Israel Ludwig et Paul Riccardi*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

h LE JUGE ESTEY—La Cour d'appel à la majorité a modifié la décision rendue en première instance, quant à l'évaluation de ces actions, à l'indemnité connexe et aux intérêts. Il n'a pas été démontré que le juge de première instance a commis une erreur en statuant sur ces questions. En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et le jugement du juge de première instance est rétabli avec dépens en faveur de l'appelante en cette Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Solicitors for the respondents: Goldberg, Smordin & Ludwig, Winnipeg.

Procureurs de l'appelante: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Procureurs des intimés: Goldberg, Smordin & Ludwig, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Crown Zellerbach Canada Limited
Respondent

and

**The Attorney General of Quebec and the
Attorney General of British Columbia**
Interveners

INDEXED AS: R. v. CROWN ZELLERBACH CANADA LTD.

File No.: 18526.

1986: June 26; 1988: March 24.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer,
Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Ocean pollution — Dumping of waste in provincial marine waters — Federal legislation prohibiting dumping of any substance at sea except in accordance with the terms and conditions of a permit — Definition of sea in federal legislation including internal waters of Canada other than fresh waters — Validity of federal legislation — Whether ocean pollution a matter of national concern falling within Parliament's power to legislate in respect of the peace, order and good government of Canada — Ocean Dumping Control Act, S.C. 1974-75-76, c. 55, s. 4(1) — Constitution Act, 1867, s. 91 "preamble".

During the conduct of its logging operations, respondent dumped woodwaste in the waters of Beaver Cove, an area within the province of British Columbia, and was charged with contravening s. 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act*. The federal legislation prohibits the dumping of any substance at sea except in accordance with the terms and conditions of a permit, the sea being defined for the purposes of the Act as including the internal waters of Canada other than fresh waters. The respondent had a permit to dump under the Act, but it did not cover this site. The waters of Beaver Cove are navigable and flow into Johnstone Strait which is connected with the Pacific. There was no evidence of any dispersal of the woodwaste or of any effect on navigation or marine life. At trial, the Provincial Court judge dismissed the charges and the appeal by way of stated case was dismissed. Both the trial judge and the Court

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Crown Zellerbach Canada Limited *Intimée*

a

et

**Le procureur général du Québec et le
procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. c. CROWN ZELLERBACH CANADA LTD.

N° du greffe: 18526.

c

1986: 26 juin; 1988: 24 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Pollution de la mer — Immersion de déchets dans des eaux maritimes provinciales — Mesure législative fédérale interdisant l'immersion de substances en mer sauf en conformité avec un permis — Définition de la mer donnée par la loi fédérale incluant les eaux intérieures du Canada à l'exclusion des eaux douces — Validité de la mesure législative fédérale — La pollution de la mer est-elle une question d'intérêt national relevant de la compétence législative du Parlement en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement du Canada? — Loi sur l'immersion de déchets en mer, S.C. 1974-75-76, chap. 55, art. 4(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 «preamble».

Dans le cadre de l'exploitation de son entreprise de coupe de bois, l'intimée a procédé à l'immersion de résidus de bois dans les eaux de Beaver Cove, une zone située à l'intérieur de la province de la Colombie-Britannique, et a été accusée d'avoir enfreint le par. 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*. La loi fédérale interdit l'immersion de substances en mer, sauf en conformité avec un permis, la mer étant définie pour les fins de la Loi comme incluant les eaux intérieures du Canada, les eaux douces exceptées. L'intimée était titulaire d'un permis d'immersion délivré en vertu de la Loi, mais ce permis ne visait pas cet endroit. Les eaux de Beaver Cove sont navigables et se jettent dans le détroit de Johnstone qui communique avec le Pacifique. Il n'existe aucune preuve qu'il y ait eu dispersion des résidus de bois ni que cela ait eu un effet quelconque sur la navigation ou sur la faune et la flore marines. Au

of Appeal held that s. 4(1) of the Act was *ultra vires* Parliament. This appeal is to determine whether s. 4(1) of the Act is constitutional in its application to the dumping of waste in waters, other than fresh waters, within a province.

Held (Beetz, Lamer and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Wilson and Le Dain JJ.: The *Ocean Dumping Control Act* is concerned with the dumping of substances which may be shown or presumed to have an adverse effect on the marine environment and may be characterized as directed to the control or regulation of marine pollution. The federal legislative jurisdiction under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867* with respect to seacoast and inland fisheries is not sufficient by itself to support the constitutional validity of s. 4(1) of the Act because that section, viewed in the context of the Act as a whole, fails to meet the test laid down by this Court in *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213, and *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292. While the effect on fisheries of marine pollution caused by the dumping of waste is clearly one of the concerns of the Act, it is not the only effect of such pollution with which the Act is concerned. A basis for federal legislative jurisdiction to control marine pollution generally in provincial waters cannot be found in any of the specified heads of federal jurisdiction in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, whether taken individually or collectively.

Section 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act*, however, is constitutionally valid as enacted in relation to a matter falling within the national concern doctrine of the peace, order and good government power of the Parliament of Canada. The national concern doctrine, which is separate and distinct from the national emergency doctrine, applies to both new matters which did not exist at Confederation and to matters which, although originally matters of a local or private nature in a province, have since, in the absence of national emergency, become matters of national concern. For a matter to qualify as a matter of national concern in either sense it must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution.

procès, le juge de la Cour provinciale a rejeté les accusations portées, et l'appel interjeté par voie d'exposé de cause a été rejeté. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont déclaré tous les deux que le par. 4(1) de la Loi outrepassa la compétence du Parlement. Ce pourvoi vise à déterminer la constitutionnalité de l'application du par. 4(1) de la Loi à l'immersion de déchets dans les eaux d'une province, autres que les eaux douces.

Arrêt (les juges Beetz, Lamer et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Wilson et Le Dain: La *Loi sur l'immersion de déchets en mer* s'intéresse à l'immersion de substances dont on peut démontrer ou présumer qu'elles ont un effet nocif sur le milieu marin et elle peut être considérée comme visant le contrôle ou la réglementation de la pollution des mers. La compétence législative fédérale, attribuée par le par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur n'est pas suffisante en soi pour étayer la constitutionnalité du par. 4(1) de la Loi, puisque cette disposition, prise dans le contexte de l'ensemble de la Loi, ne satisfait pas au critère énoncé dans les arrêts *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, et *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292. Certes, l'effet qu'a sur les pêcheries la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets constitue manifestement l'un des sujets de préoccupation de la Loi, mais ce n'est pas là le seul effet de ce genre de pollution auquel la Loi s'intéresse. Le fondement d'une compétence législative fédérale pour contrôler la pollution des mers en général, dans les eaux provinciales, ne saurait se trouver dans les chefs de compétence fédérale énumérés à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pris individuellement ou collectivement.

Toutefois, le par. 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer* est constitutionnel parce qu'il porte sur une matière relevant de la théorie de l'intérêt national qui justifie l'exercice de la compétence que possède le Parlement du Canada en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. La théorie de l'intérêt national, qui est séparée et distincte de la théorie de la situation d'urgence nationale, s'applique autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale. Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur

In determining whether a matter has the requisite singleness, distinctiveness and indivisibility, it is relevant to consider what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter. The control of marine pollution meets the test. Marine pollution, because of its predominantly extra-provincial as well as international character and implications, is clearly a matter of concern to Canada as a whole. The pollution of marine waters, including provincial marine waters, by the dumping of substances is sufficiently distinguishable from the pollution of fresh waters by such dumping to meet the requirement of singleness or indivisibility. While in many cases the pollution of fresh waters will have a pollutant effect in the marine waters into which they flow, marine pollution, because of the differences in the composition and action of marine waters and fresh waters, has its own characteristics and scientific considerations that distinguish it from fresh water pollution. Moreover, the distinction between salt water and fresh water as limiting the application of the *Ocean Dumping Control Act* meets the consideration, emphasized by a majority of this Court in the *Anti-Inflation Act* reference, [1976] 2 S.C.R. 373, that in order for a matter to qualify as one of national concern falling within the federal peace, order and good government power it must have ascertainable and reasonable limits, in so far as its impact on provincial jurisdiction is concerned.

Per Beetz, Lamer and La Forest JJ. (dissenting): Under its general power respecting peace, order and good government, Parliament may legislate for the control of pollution in areas of the ocean falling outside provincial jurisdiction, and in so doing, Parliament is not confined to regulating activities taking place within those areas. In an application of the doctrine of national dimensions of the general power, Parliament may take steps to prevent activities in a province, such as dumping substances in provincial waters or emitting substances into the air, which pollute or have the potential to pollute the sea outside the province. Parliament's power to control ocean pollution under its general power may also be complemented by provisions made pursuant to the criminal law power. However, while Parliament may undoubtedly prohibit the dumping of anything into federal waters, such prohibitions against dumping substances into provincial waters must be linked to some

la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution. Pour déterminer si une matière possède l'unicité, la particularité et l'indivisibilité requises, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière. Le contrôle de la pollution de la mer satisfait à ce critère. La pollution des mers, à cause de son caractère et de ses incidences extra-provinciales surtout, mais aussi internationales, est manifestement une matière qui intéresse le Canada tout entier. La pollution des eaux de la mer, y compris les eaux maritimes provinciales, résultant de l'immersion de substances peut suffisamment se distinguer de la pollution des eaux douces due à de telles immersions pour satisfaire à l'unicité ou à l'indivisibilité requises. Même si dans bien des cas, la pollution des eaux douces a pour effet de polluer les eaux de la mer dans lesquelles elles se déversent, la pollution de la mer, à cause des différences qui existent entre les eaux de la mer et les eaux douces sur le plan de leur composition et de leur action, comporte ses propres caractéristiques et présente des considérations scientifiques qui la distinguent de la pollution des eaux douces. En outre, la distinction entre eaux salées et eaux douces, pour limiter l'application de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, satisfait au critère sur lequel la Cour, à la majorité, a insisté dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, savoir que pour qu'on puisse dire qu'une matière revêt un intérêt national et relève de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, elle doit comporter des limites vérifiables et raisonnables, pour ce qui est de son incidence sur la compétence provinciale.

Les juges Beetz, Lamer et La Forest (dissidents): En vertu de sa compétence générale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, le Parlement peut légiférer afin de contrôler la pollution dans des zones maritimes situées en dehors du ressort des provinces, et ce faisant, il n'est pas limité à la réglementation des activités qui se déroulent dans ces zones. En vertu de la théorie des dimensions nationales justifiant l'exercice de la compétence générale, le Parlement peut prendre des mesures pour empêcher certaines activités dans une province, comme le déversement dans des eaux provinciales ou le rejet dans l'atmosphère de substances polluantes ou susceptibles de polluer la mer à l'extérieur de la province. Le pouvoir de contrôler la pollution du milieu marin que peut exercer le Parlement en vertu de sa compétence générale peut aussi être complété par des dispositions adoptées en vertu de la compétence en matière de droit criminel. Cependant, bien que le Parle-

federal power. Indeed, to respect the scheme of federalism provided by the Constitution, there must be an attempt to link the proscribed conduct and the actual or potential harm to what is sought to be protected—here, the ocean. In the present case, s. 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act* was *ultra vires* Parliament as there was no evidence of any such link. The provision was a blanket prohibition against depositing any substance in waters without regard to its nature or amount.

The control of the environment is not a proper subject for incorporation into the peace, order and good government power under the national dimensions doctrine. All physical activities have some environmental impact. Possible legislative responses to such activities cover a large number of the enumerated legislative powers, federal and provincial. To allocate the broad subject-matter of the environmental control to the federal sphere under its general power would effectively gut provincial legislative jurisdiction and sacrifice the principles of federalism enshrined in the Constitution. Further, pollution is not a new phenomenon, and neither are many of the kinds of activities that result in pollution.

The same considerations apply to the creation of an environmental power restricted to the control of ocean pollution. Such subject is not marked by a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern. Marine waters are not wholly bounded by the coast and cannot be demarcated clearly. Moreover, the proposed federal power would have an impact on provincial jurisdiction irreconcilable with the division of legislative power under the Constitution. Finally, Parliament already has extensive powers to deal with conditions that lead to ocean pollution wherever they occur. The difficulty with the impugned provision in this case is that it seeks to deal with activities that could not be demonstrated either to pollute or to have a reasonable potential of polluting the ocean. The provision simply overreaches and, in its terms, encompasses activities—depositing innocuous substances into provincial waters by local undertakings on provincial lands—that fall within the exclusive legislative jurisdiction of the province. The federal Parliament does not have such wide legislative power over local matters having local import taking

ment puisse indubitablement interdire les immersions de toute nature dans les eaux fédérales, les interdictions d'immerger des substances dans les eaux provinciales doivent être liées à une compétence fédérale quelconque.

a En fait, pour respecter le régime fédéral prévu par la Constitution, on doit chercher à établir un lien entre la conduite prohibée et les dommages réels ou probables que ce que l'on cherche à protéger pourrait subir, savoir en l'espèce, l'océan. Dans la présente affaire, le par. 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer* outrepassa la compétence du Parlement, car il n'y a aucune preuve qu'un lien de ce genre existe. La disposition est une interdiction générale de déverser quelque substance que ce soit dans les eaux, peu importe sa nature ou sa quantité.

c Le contrôle de l'environnement ne peut légitimement être incorporé dans la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, en vertu de la théorie des dimensions nationales. Toutes les activités physiques *d* ont un effet quelconque sur l'environnement. Les réactions législatives possibles à ces activités visent un nombre important de pouvoirs législatifs énumérés, fédéraux et provinciaux. Attribuer le sujet général du contrôle de l'environnement au gouvernement fédéral en *e* vertu de sa compétence générale aurait pour effet de dépouiller de son contenu la compétence législative provinciale et reviendrait à sacrifier les principes du fédéralisme enchâssés dans la Constitution. De plus, la pollution n'est pas un phénomène nouveau, pas plus que bien *f* des activités qui en sont la cause.

Les mêmes considérations s'appliquent à la création d'une compétence en matière d'environnement restreinte au contrôle de la pollution du milieu marin. Un tel sujet n'est pas caractérisé par une unicité, une particularité et *b* une indivisibilité qui le distinguent clairement des questions d'intérêt provincial. Les eaux de la mer ne s'arrêtent pas entièrement à la côte et leur ligne de démarcation ne peut être tracée clairement. En outre, la compétence fédérale proposée aurait sur le domaine de *h* compétence provinciale un effet incompatible avec le partage des pouvoirs législatifs prévus par la Constitution. Enfin, le Parlement jouit déjà de pouvoirs étendus pour remédier à des conditions qui entraînent la pollution du milieu marin partout où elles se présentent. La *i* difficulté que pose la disposition contestée en l'espèce réside dans le fait qu'elle cherche à régir des activités dont on ne peut démontrer qu'elles polluent ou qu'il est raisonnable de croire qu'elles peuvent polluer l'océan. La disposition va tout simplement trop loin et, d'après ses *j* propres termes, elle vise des activités, savoir le dépôt de substances inoffensives, dans des eaux provinciales, par des entreprises locales, sur des biens-fonds provinciaux,

place on provincially owned property. The prohibition in essence constitutes an impermissible attempt to control activities on property held to be provincial.

Cases Cited

By Le Dain J.

Considered: *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Fort Frances Pulp & Power Co. v. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695; *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292; *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; *Interprovincial Co-operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; **referred to:** *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas* (1976), 1 B.C.L.R. 97, aff'd [1984] 1 S.C.R. 388.

By La Forest J. (dissenting)

Fowler v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 213; *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292; *Interprovincial Co-operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas*, [1984] 1 S.C.R. 388; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Re Canada Metal Co. and The Queen* (1982), 144 D.L.R. (3d) 124; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112.

qui relèvent de la compétence législative exclusive de la province. Le Parlement fédéral ne jouit pas d'une compétence législative aussi large sur des matières locales, ayant des conséquences locales, sur un domaine appartenant à la province. L'interdiction constitue essentiellement une tentative inacceptable de contrôler des activités sur un domaine jugé provincial.

Jurisprudence

^b Citée par le juge Le Dain

Arrêts examinés: *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Fort Frances Pulp & Power Co. v. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695; *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292; *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; **arrêts mentionnés:** *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas* (1976), 1 B.C.L.R. 97, conf. [1984] 1 R.C.S. 388.

Citée par le juge La Forest (dissent)

Fowler c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 213; *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292; *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes*, [1984] 1 R.C.S. 388; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Re Canada Metal Co. and The Queen* (1982), 144 D.L.R. (3d) 124; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112.

Statutes and Regulations Cited

- Constitution Act, 1867*, ss. 91 "preamble", (9), (10), (12), (13), (27), 92(5), (10), (13), (16).
Constitution Act, 1871 (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28, s. 4.
Convention on the Law of the Sea (1982).
Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter, signed by Canada on December 29, 1972, Art. I, III(3).
Ocean Dumping Control Act, S.C. 1974-75-76, c. 55, ss. 2(1) "Convention", "dumping", (2), (3), 4(1), (2), 5(2), 9, 10, 13(1)(c), 28(3), Schedules I [am. SOR/81-721], II [am. *idem*], III.

Authors Cited

- Beaudoin, Gérald A. "La protection de l'environnement et ses implications en droit constitutionnel" (1977), 23 *McGill L.J.* 207.
 Gibson, Dale. "Measuring 'National Dimensions'" (1976), 7 *Man. L.J.* 15.
 Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission. *1980 Annual Report: A Perspective on the Problem of Hazardous Substances in the Great Lakes Basin Ecosystem*, presented November 13, 1980, Toronto.
 Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission. "Assessment of Airborne Contaminants in the Great Lakes Basin Ecosystem" in Appendix A & B of the *1980 Annual Report* of the Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission, presented November 13, 1980, Toronto.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswells, 1977.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Le Dain, Gerald. "Sir Lyman Duff and the Constitution" (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261.
 Lederman, William R. "Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 597.
 UNESCO. IMCO/FAO/UNESCO/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution (Gesamp). *The Review of the Health of the Oceans*. Reports and Studies No. 15, 1982.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 51 B.C.L.R. 32, 7 D.L.R. (4th) 449, [1984] 2 W.W.R. 714, 11 C.C.C. (3d) 113, 13 C.E.L.R. 29, dismissing an appeal by way of stated case from a judgment of the Provincial Court (1982), 11 C.E.L.R. 151,

Lois et règlements cités

- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* (1982).
Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, signée par le Canada le 29 décembre 1972, art. I, III(3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 «préambule», (9), (10), (12), (13), (27), 92(5), (10), (13), (16).
Loi constitutionnelle de 1871 (R.-U.), 34 & 35 Vict., chap. 28, art. 4.
Loi sur l'immersion de déchets en mer, S.C. 1974-75-76, chap. 55, art. 2(1) «Convention», «immersion», (2), (3), 4(1), (2), 5(2), 9, 10, 13(1)(c), 28(3), annexes I [mod. DORS/81-721], II [mod. *idem*], III.

c Doctrine citée

- Beaudoin, Gérald A. "La protection de l'environnement et ses implications en droit constitutionnel" (1977), 23 *McGill L.J.* 207.
 Gibson, Dale. "Measuring 'National Dimensions'" (1976), 7 *Man. L.J.* 15.
 Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission. *1980 Annual Report: A Perspective on the Problem of Hazardous Substances in the Great Lakes Basin Ecosystem*, presented November 13, 1980, Toronto.
 Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission. "Assessment of Airborne Contaminants in the Great Lakes Basin Ecosystem" in Appendix A & B of the *1980 Annual Report* of the Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission, presented November 13, 1980, Toronto.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswells, 1977.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Le Dain, Gerald. "Sir Lyman Duff and the Constitution" (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261.
 Lederman, William R. "Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 597.
 UNESCO. IMCO/FAO/UNESCO/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution (Gesamp). *The Review of the Health of the Oceans*. Reports and Studies No. 15, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 51 B.C.L.R. 32, 7 D.L.R. (4th) 449, [1984] 2 W.W.R. 714, 11 C.C.C. (3d) 113, 13 C.E.L.R. 29, qui a rejeté l'appel par voie d'exposé de cause interjeté contre un jugement de la Cour provinciale (1982), 11

dismissing charges under s. 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act*. Appeal allowed, Beetz, Lamer and La Forest JJ. dissenting.

T. B. Smith, Q.C., and *D. R. Kier, Q.C.*, for the appellant.

Duncan W. Shaw, Q.C., and *Brian D. Gilfillan*, for the respondent.

Odette Laverdière, for the intervener the Attorney General of Quebec.

E. Robert A. Edwards, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

LE DAIN J.—The question raised by this appeal is whether federal legislative jurisdiction to regulate the dumping of substances at sea, as a measure for the prevention of marine pollution, extends to the regulation of dumping in provincial marine waters. In issue is the validity of s. 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act*, S.C. 1974-75-76, c. 55, which prohibits the dumping of any substance at sea except in accordance with the terms and conditions of a permit, the sea being defined for the purposes of the Act as including the internal waters of Canada other than fresh waters.

The appeal is by leave of this Court from the judgment on January 26, 1984 of the British Columbia Court of Appeal (1984), 51 B.C.L.R. 32, 7 D.L.R. (4th) 449, [1984] 2 W.W.R. 714, 11 C.C.C. (3d) 113, 13 C.E.L.R. 29, dismissing an appeal by way of stated case from the judgment on May 26, 1982 of Schmidt Prov. Ct. J. (1982), 11 C.E.L.R. 151, who dismissed charges against the respondent of unlawfully dumping in the waters of Johnstone Strait near Beaver Cove in the province of British Columbia on the ground that s. 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act* is *ultra vires* the Parliament of Canada.

C.E.L.R. 151, qui avait rejeté des accusations portées en vertu du par. 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*. Pourvoi accueilli, les juges Beetz, Lamer et La Forest sont dissidents.

T. B. Smith, c.r., et *D. R. Kier, c.r.*, pour l'appelante.

Duncan W. Shaw, c.r., et *Brian D. Gilfillan*, pour l'intimée.

Odette Laverdière, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

E. Robert A. Edwards, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Wilson et Le Dain rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question qui se pose dans ce pourvoi est de savoir si la compétence législative fédérale pour régler l'immersion de substances en mer, à titre de mesure de prévention de la pollution du milieu marin, s'étend à la réglementation des immersions dans les eaux de la mer situées dans une province. Est en cause la validité du par. 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, chap. 55, qui interdit l'immersion de substances en mer, sauf en conformité avec un permis, la mer étant définie pour les fins de la Loi comme incluant les eaux intérieures du Canada, les eaux douces exceptées.

Le présent pourvoi est formé, avec l'autorisation de cette Cour, contre l'arrêt rendu le 26 janvier 1984 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 51 B.C.L.R. 32, 7 D.L.R. (4th) 449, [1984] 2 W.W.R. 714, 11 C.C.C. (3d) 113, 13 C.E.L.R. 29, qui a rejeté l'appel par voie d'exposé de cause interjeté contre le jugement prononcé le 26 mai 1982 par le juge Schmidt de la Cour provinciale (1982), 11 C.E.L.R. 151, qui avait rejeté les accusations inculquant l'intimée d'avoir procédé à une immersion illégale dans les eaux du détroit de Johnstone, près de Beaver Cove dans la province de la Colombie-Britannique, pour le motif que le par. 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer* outrepassait la compétence du Parlement du Canada.

I

The general purpose of the *Ocean Dumping Control Act* is to regulate the dumping of substances at sea in order to prevent various kinds of harm to the marine environment. The Act would appear to have been enacted in fulfilment of Canada's obligations under the *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter*, which was signed by Canada on December 29, 1972. That is not expressly stated in the Act, but there are several references to the Convention in the Act (see ss. 2(1), 4(2), 5(2), 9(6) and 28(3)), and Schedules I, II and III of the Act, with reference to "Prohibited Substances", "Restricted Substances" and "Factors To Be Taken Into Account In Granting Permits", appear to be modelled closely on Annexes I, II and III of the Convention. The Schedules of the Act have been amended to incorporate amendments to the Annexes of the Convention (see P.C. 1981-2509, September 16, 1981, SOR/81-721, September 21, 1981).

The concerns of the Act are reflected in the nature of the prohibited and restricted substances in Schedules I and II and in the factors to be taken into account by the Minister of the Environment in granting permits to dump, which are set out in ss. 9 and 10 of the Act and in Schedule III. What these provisions indicate is that the Act is concerned with marine pollution and its effect on marine life, human health and the amenities of the marine environment. There is also reference to the effect of dumping on navigation and shipping and other legitimate uses of the sea.

Section 4(1) of the Act, with the contravention of which the respondent was charged, reads as follows:

4. (1) No person shall dump except in accordance with the terms and conditions of a permit.

"Dumping" is defined by s. 2(1) of the Act as follows:

2. (1) In this Act,

I

La *Loi sur l'immersion de déchets en mer* a pour objet général de réglementer l'immersion de substances en mer, afin de protéger le milieu marin contre divers types de dommages. La Loi semblerait avoir été adoptée en exécution des obligations qui incombent au Canada en vertu de la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets*, qu'il a signée le 29 décembre 1972. La Loi ne le dit pas expressément, mais elle comporte plusieurs références à cette convention (voir les par. 2(1), 4(2), 5(2), 9(6) et 28(3)), et ses annexes I, II et III où l'on traite respectivement des «Substances interdites», des «Substances réglementées» et des «Facteurs à prendre en considération lors de la délivrance des permis», semblent pour ainsi dire calquées sur les annexes I, II et III de la Convention. Les annexes de la Loi ont été modifiées de manière à incorporer les modifications apportées aux annexes de la Convention (voir C.P. 1981-2509, 16 septembre 1981, DORS/81-721, 21 septembre 1981).

Les préoccupations auxquelles la Loi veut répondre se dégagent de la nature des substances interdites ou réglementées figurant aux annexes I et II et des facteurs que le ministre de l'Environnement doit prendre en considération lors de la délivrance de permis d'immersion, lesquels sont énoncés aux art. 9 et 10 et à l'annexe III de la Loi. Ces dispositions indiquent que la Loi s'intéresse à la pollution de la mer et à ses répercussions sur la faune et la flore marines, sur la santé humaine et sur les zones d'agrément du milieu marin. Il est fait mention aussi de l'effet des immersions sur la navigation et le transport maritime et sur les autres utilisations légitimes de la mer.

Le paragraphe 4(1) de la Loi, auquel l'intimée est accusée d'avoir contrevenu, se lit comme suit:

4. (1) Il ne peut être procédé à des immersions qu'en conformité d'un permis.

Le paragraphe 2(1) de la Loi définit ainsi le terme «immersion»:

2. (1) Dans la présente loi,

“dumping” means any deliberate disposal from ships, aircraft, platforms or other man-made structures at sea of any substance but does not include

(a) any disposal that is incidental to or derived from the normal operations of a ship or an aircraft or of any equipment thereof other than the disposal of substances from a ship or aircraft operated for the purpose of disposing of such substances at sea, and

(b) any discharge that is incidental to or derived from the exploration for, exploitation of and associated off-shore processing of sea bed mineral resources;

“The sea” is defined, for the purposes of the Act, by s. 2(2) and (3) as follows:

2. . . .

(2) For the purposes of this Act, “the sea” means

(a) the territorial sea of Canada;

(b) the internal waters of Canada other than inland waters;

(c) any fishing zones prescribed pursuant to the *Territorial Sea and Fishing Zones Act*;

(d) the arctic waters within the meaning of the *Arctic Waters Pollution Prevention Act*;

(e) any area of the sea adjacent to the areas referred to in paragraphs (a) to (d) as may be prescribed;

(f) any area of the sea, under the jurisdiction of a foreign state, other than internal waters; and

(g) any area of the sea, other than the internal waters of a foreign state, not included in the areas of the sea referred to in paragraphs (a) to (f).

(3) For the purposes of paragraph (2)(b), “inland waters” means all the rivers, lakes and other fresh waters in Canada and includes the St. Lawrence River as far seaward as the straight lines drawn

(a) from Cap des Rosiers to the western-most point of Anticosti Island; and

(b) from Anticosti Island to the north shore of the St. Lawrence River along the meridian of longitude sixty-three degrees west.

Sections 9 and 10 of the Act respecting the authority of the Minister of the Environment to grant permits to dump read in part as follows:

9. (1) Subject to subsections (4) and (5), the Minister may grant any permit required by this Act upon receipt of an application in prescribed form.

«immersion» désigne tout rejet délibéré de substances à partir de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages placés en mer, à l'exclusion

a) du rejet résultant ou provenant de l'exploitation normale d'un navire ou d'un aéronef ou de leur équipement, sauf cas du rejet de substances à partir d'un navire ou d'un aéronef affecté à cette fin; et

b) du déversement résultant ou provenant de l'exploration, de l'exploitation et du traitement en mer des ressources minérales du fond des mers;

Les paragraphes 2(2) et (3) donnent une définition de la «mer», pour les fins de la Loi:

2. . . .

(2) Pour l'application de la présente loi, «mer» désigne

a) la mer territoriale du Canada;

b) les eaux intérieures du Canada, à l'exclusion des eaux internes;

c) les zones de pêche réglementées conformément à la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche*;

d) les eaux arctiques au sens de la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*;

e) les zones de mer réglementées, contiguës aux eaux visées aux alinéas a) à d);

f) les zones de mer relevant de la souveraineté d'un État étranger, à l'exclusion des eaux intérieures; et

g) les zones de mer, à l'exclusion des eaux intérieures d'un État étranger, non comprises dans les eaux visées aux alinéas a) à f).

(3) Pour l'application de l'alinéa (2)b), l'expression «eaux internes» désigne l'ensemble des fleuves, rivières, lacs et autres eaux douces du Canada et comprend la partie du fleuve Saint-Laurent délimitée, vers la mer, par les lignes droites joignant

a) Cap-des-Rosiers à la pointe extrême ouest de l'île d'Anticosti; et

b) l'île d'Anticosti à la rive nord du fleuve Saint-Laurent suivant le méridien de soixante-trois degrés de longitude ouest.

Les articles 9 et 10 de la Loi, qui portent sur le pouvoir du ministre de l'Environnement de délivrer des permis d'immersion, sont ainsi conçus en partie:

9. (1) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), le Ministre peut délivrer le permis qu'exige la présente loi lorsqu'il est saisi d'une demande présentée en la forme réglementaire.

(4) No permit may be granted under this section if the dumping or disposal described in the application is prohibited under any other Act of Parliament or if a licence or permit for such dumping or disposal is required under any such other Act and the licence or permit has not been obtained.

(5) No permit may be granted in respect of a substance specified in Schedule I unless, in the opinion of the Minister,

(a) the substance is rapidly rendered harmless by physical, chemical or biological process of the sea and does not render normally edible marine organisms inedible or unpalatable or endanger human health or the health of animals;

(b) with respect to any substance specified in items 1 to 5 of that Schedule, such substance is contained in another substance in a quantity or concentration that does not exceed the maximum quantity or concentration prescribed;

(c) the dumping or disposal of a certain quantity of the substance is necessary to avert an emergency that poses an unacceptable risk relating to human health and admits of no other feasible solution; or

(d) where the substance is to be transformed by incineration or other means of thermal degradation, any substance that results from such transformation is

(i) a substance specified in Schedule I in respect of which a permit may be granted by virtue of paragraph (a) or (b), or

(ii) a substance that is not specified in Schedule I.

10. (1) Upon receipt of an application the Minister, in determining whether to grant the permit,

(a) shall take into account the factors set out in Schedule III; and

(b) may take into account any other factors that he deems necessary.

(2) A permit shall contain such terms and conditions as the Minister deems necessary in the interests of human life, marine life or any legitimate uses of the sea and, without limiting the generality of the foregoing, may contain terms and conditions relating to such of the following as are applicable:

(a) the nature of the substance that may be dumped or disposed of and the quantity thereof;

(4) Il ne peut être délivré de permis d'immersion en vertu du présent article, si l'immersion, le rejet ou l'abandon envisagé dans la demande est interdit par une autre loi du Parlement du Canada ou si la licence ou le permis à cet effet qu'une telle loi pourrait exiger, n'a pas été obtenu.

(5) Il ne peut être délivré de permis pour l'une des substances énumérées à l'annexe I que si, de l'avis du Ministre,

a) cette substance est rapidement rendue inoffensive dans la mer par des processus physiques, chimiques ou biologiques, ne rend pas impropres à la consommation des organismes marins ordinairement comestibles, n'altère pas le goût de ces organismes et ne présente aucun danger pour la santé de l'homme ou celle des animaux;

b) lorsqu'il s'agit d'une substance visée aux paragraphes 1 à 5 de cette annexe, la substance apparaît dans une autre substance en quantité ou concentration ne dépassant pas le maximum réglementaire;

c) l'immersion, le rejet ou l'abandon d'une certaine quantité de cette substance est nécessaire afin d'éviter une situation d'urgence présentant des risques inacceptables pour la santé humaine et n'admet aucune autre solution possible; ou

d) de la transformation de cette substance, par incinération ou autre moyen de dégradation thermique, ne dérivent que des substances

(i) qui figurent à l'annexe I et pour lesquelles les alinéas a) ou b) autorisent la délivrance d'un permis, ou

(ii) qui ne figurent pas à l'annexe I.

10. (1) Le Ministre, saisi d'une demande, tient compte, pour décider de la délivrance du permis,

a) des facteurs énumérés à l'annexe III; et,

b) de tout autre facteur en jeu à son appréciation.

(2) Un permis doit comporter les conditions que le Ministre juge nécessaires à la protection de la vie humaine, du milieu biologique marin ou de toute utilisation légitime de la mer et, notamment, stipuler celles des conditions suivantes qui sont applicables:

a) la nature et la quantité de la substance dont l'immersion, le rejet ou l'abandon est autorisé;

(b) the method and frequency of dumping or disposal authorized including, if necessary, the date or dates on which dumping or disposal is authorized;

(c) the manner of loading and stowing the substance authorized to be dumped or disposed of;

(d) the site at which dumping or disposal may take place;

(e) the route to be followed by the ship or aircraft transporting the substance to the site of the dumping or disposal; and

(f) any special precautions to be taken respecting the loading, transporting, dumping or disposal of the substance.

b) le mode et la fréquence des immersions, des rejets ou des abandons, y compris, au besoin, leurs dates;

c) la manière de charger et d'entreposer la substance dont l'immersion, le rejet ou l'abandon est autorisé;

d) le lieu d'immersion, de rejet ou d'abandon;

e) la route du navire ou de l'aéronef qui transporte la substance jusqu'au lieu d'immersion, de rejet ou d'abandon; et

f) les précautions spéciales à prendre quant au chargement, au transport, à l'immersion, au rejet ou à l'abandon de la substance.

Schedules I, and II, as amended by P.C. 1981-2509 of September 16, 1981, and Schedule III of the Act are as follows:

Les annexes I et II, modifiées par le décret C.P. 1981-2509 du 16 septembre 1981, et l'annexe III de la Loi sont ainsi conçues:

SCHEDULE I PROHIBITED SUBSTANCES

1. Organohalogen compounds.
2. Mercury and mercury compounds.
3. Cadmium and cadmium compounds.
4. Persistent plastics and other persistent synthetic materials.
5. Crude oil and its wastes, refined petroleum products, petroleum distillate residues and any mixtures containing any of those substances.
6. High-level radioactive wastes or other high-level radioactive matter that may be prescribed.
7. Substances in whatever form produced for biological and chemical warfare.

SCHEDULE II RESTRICTED SUBSTANCES

1. Arsenic and its compounds.
2. Lead and its compounds.
3. Copper and its compounds.
4. Zinc and its compounds.
5. Organosilicon compounds.
6. Cyanides.
7. Fluorides.
8. Pesticides and their by-products not included in Schedule I.
9. Beryllium and its compounds.
10. Chromium and its compounds.
11. Nickel and its compounds.
12. Vanadium and its compounds.
13. Containers and scrap metal.
14. Radioactive wastes or other radioactive matter not included in Schedule I.

ANNEXE I SUBSTANCES INTERDITES

1. Les composés organohalogénés.
2. Le mercure et ses composés.
3. Le cadmium (*sic*) et ses composés.
4. Les plastiques non destructibles et autres matières synthétiques non destructibles.
5. Pétrole brut et ses déchets, produits du pétrole raffiné, résidus du pétrole distillé et tout mélange contenant l'un ou l'autre de ces produits.
6. Les déchets fortement radioactifs et autres matières fortement radioactives désignés par règlement.
7. Les substances produites pour la guerre biologique et chimique sous quelque forme que ce soit.

ANNEXE II SUBSTANCES RÉGLEMENTÉES

1. L'arsenic et ses composés.
2. Le plomb et ses composés.
3. Le cuivre et ses composés.
4. Le zinc et ses composés.
5. Les composés organosiliconés.
6. Les cyanures.
7. Les fluorures.
8. Les pesticides et sous-produits de pesticides non visés à l'annexe I.
9. Le béryllium et ses composés.
10. Le chrome et ses composés.
11. Le nickel et ses composés.
12. Le vanadium et ses composés.
13. Les conteneurs et les déchets métalliques.
14. Les déchets radioactifs ou autres matières radioactives non comprises à l'annexe I.

15. Substances that by reason of their bulk would interfere with fishing.
16. Substances that, though of a non-toxic nature, may become harmful due to the quantities in which they are dumped, or that are liable to seriously reduce amenities.

SCHEDULE III

FACTORS TO BE TAKEN INTO ACCOUNT IN GRANTING PERMITS

1. CHARACTERISTICS AND COMPOSITION OF SUBSTANCE

(1) Total amount and average composition of substance dumped (e.g. per year).

(2) Form (e.g. solid, sludge, liquid or gaseous).

(3) Properties: physical (e.g. solubility and density), chemical and biochemical (e.g. oxygen demand, nutrients) and biological (e.g. presence of viruses, bacteria, yeasts and parasites).

(4) Toxicity.

(5) Persistence: physical, chemical and biological.

(6) Accumulation and biotransformation in biological materials or sediments.

(7) Susceptibility to physical, chemical and biochemical changes and interaction in the aquatic environment with other dissolved organic and inorganic materials.

(8) Probability of production of taints or other changes reducing marketability of resources (fish and shellfish).

2. CHARACTERISTICS OF DUMPING SITE AND METHOD OF DEPOSIT

(1) Location (e.g. co-ordinates of the dumping site, depth and distance from the coast) and location in relation to other areas (e.g. amenity areas, spawning, nursery and fishing areas and exploitable resources).

(2) Rate of disposal per specific period (e.g. quantity per day, per week, per month).

(3) Methods of packaging and containment, if any.

(4) Initial dilution achieved by proposed method of release.

(5) Dispersal characteristics (e.g. effects of currents, tides and wind on horizontal transport and vertical mixing).

(6) Water characteristics (e.g. temperature, pH, salinity, stratification, oxygen indices of pollution—

15. Toute substance qui, de par son volume, gênerait la pêche.

16. Les substances qui, bien que non toxiques par nature, peuvent devenir nocives en raison des quantités immergées, ou qui sont de nature à diminuer sensiblement les agréments.

ANNEXE III

FACTEURS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION LORS DE LA DÉLIVRANCE DES PERMIS

1. CARACTÉRISTIQUES ET COMPOSITION DE LA SUBSTANCE

(1) Quantité totale et composition moyenne de la substance immergée (exemple: par an).

(2) Forme, par exemple solide, boueuse, liquide ou gazeuse.

(3) Propriétés physiques (telles que la solubilité et densité), chimiques et biochimiques (telles que demande en oxygène, éléments nutritifs) et biologiques (telles que présence de virus, bactéries, levures, parasites).

(4) Toxicité.

(5) Persistance: physique, chimique et biologique.

(6) Accumulation et transformation biologique dans les matières et sédiments biologiques.

(7) Sensibilité aux transformations physiques, chimiques et biochimiques et interaction dans le milieu aquatique avec d'autres matières organiques et inorganiques dissoutes.

(8) Probabilité de contamination et autres altérations diminuant la valeur commerciale des ressources marines (poissons, crustacés et mollusques testacés, etc.)

2. CARACTÉRISTIQUES DU LIEU D'IMMERSION ET MÉTHODE DE DÉPÔT

(1) Emplacement (coordonnées de la zone d'immersion, profondeur et distance des côtes), situation par rapport à d'autres emplacements (tels que zones d'agrément, de frai, de culture et de pêche, et ressources exploitables).

(2) Cadence d'évacuation de la matière (par exemple, quotidienne, hebdomadaire, mensuelle).

(3) Méthodes d'emballage et de conditionnement, le cas échéant.

(4) Dilution initiale réalisée par la méthode de décharge proposée.

(5) Caractéristiques de dispersion (telles qu'effets des courants, des marées et du vent sur le déplacement horizontal et le brassage vertical).

(6) Caractéristiques de l'eau (telles que température, pH, salinité, stratification, indices de pollu-

dissolved oxygen (DO), chemical oxygen demand (COD), biochemical oxygen demand (BOD)—nitrogen present in organic and mineral form including ammonia, suspended matter, other nutrients and productivity).

(7) Bottom characteristics (e.g. topography, geochemical and geological characteristics and biological productivity).

(8) Existence and effects of other dumpings that have been made in the dumping site (e.g. heavy metal background reading and organic carbon content).

(9) In issuing a permit for dumping, consideration should be given whether an adequate scientific basis exists for assessing the consequences of such dumping, as outlined in this Schedule taking into account seasonal variations.

3. GENERAL CONSIDERATIONS AND CONDITIONS

(1) Possible effects on amenities (e.g. presence of floating or stranded material, turbidity, objectionable odour, discoloration and foaming).

(2) Possible effects on marine life, fish and shellfish culture, fish stocks and fisheries, seaweed harvesting and culture.

(3) Possible effects on other uses of the sea (e.g. impairment of water quality for industrial use, underwater corrosion of structures, interference with ship operations from floating substances, interference with fishing or navigation through deposit of waste or solid objects on the sea floor and protection of areas of special importance for scientific or conservation purposes).

(4) The practical availability of alternative land based methods of treatment, disposal or elimination, or of treatment to render the matter less harmful for dumping at sea.

Section 13(1) of the Act provides:

13. (1) Every person who contravenes section 4, 5 or 6 is guilty of an offence and is liable on summary conviction to a fine not exceeding

(a) one hundred thousand dollars, where the offence involves a substance specified in Schedule I;

(b) seventy-five thousand dollars, where the offence involves a substance specified in Schedule II; or

tion: notamment oxygène dissous (OD), demande biochimique en oxygène (DBO), demande chimique en oxygène (DCO), présence d'azote sous forme organique ou minérale et notamment présence d'ammoniacale, de matières en suspension, autres matières nutritives, productivité).

(7) Caractéristiques du fond (telles que topographie, caractéristiques géochimiques et géologiques, productivité biologique).

(8) Existence et effets d'autres immersions pratiquées dans la zone d'immersion (par exemple, relevés indiquant la présence de métaux lourds et teneur en carbone organique).

(9) Lors de la délivrance d'un permis d'immersion, les parties contractantes s'efforcent de déterminer s'il existe une base scientifique d'évaluation des conséquences de l'immersion comme indiqué dans cette annexe, en tenant compte également des variations saisonnières.

3. CONSIDÉRATIONS ET CIRCONSTANCES GÉNÉRALES

(1) Effets éventuels sur les zones d'agrément (tels que présence de matériaux flottants ou échoués, turbidité, odeurs désagréables, décoloration, écume).

(2) Effets éventuels sur la faune et la flore marines, la pisciculture et la conchyliculture, les réserves poissonnières et les pêcheries, la récolte et la culture d'algues.

(3) Effets éventuels sur les autres utilisations de la mer (altération de la qualité de l'eau pour des usages industriels, corrosion sous-marine des ouvrages en mer, perturbations du fonctionnement des navires par les matières flottantes, entraves à la pêche et à la navigation dues au dépôt de déchets ou d'objets solides sur le fond de la mer et protection de zones d'une importance particulière du point de vue scientifique ou de la conservation).

(4) Possibilités pratiques de recourir sur la terre ferme à d'autres méthodes de traitement, de rejet ou d'élimination, ou à des traitements réduisant la nocivité des matières avant leur immersion en mer.

Le paragraphe 13(1) de la Loi porte:

13. (1) Quiconque contrevient aux articles 4, 5 ou 6 commet une infraction et est passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende maximale de

a) cent mille dollars, lorsque l'infraction porte sur l'une des substances énumérées à l'annexe I;

b) soixante-quinze mille dollars, lorsque l'infraction porte sur l'une des substances énumérées à l'annexe II; ou

(c) fifty thousand dollars, where the offence involves any substance not specified in Schedule I or II.

The respondent was charged, in an information consisting of two counts, with contravening s. 4(1) of the Act, and thereby committing an offence under s. 13(1)(c) as follows:

Count 1: On or about the 16th day of August, A.D. 1980, in the waters of Johnstone Strait near Beaver Cove, Province of British Columbia, did unlawfully dump except in accordance with the terms and conditions of a permit in contravention of Section 4 of the Ocean Dumping Control Act, thereby committing an offence under Section 13(1)(c) of the said Act.

Count 2: On or about the 17th day of August, A.D. 1980, in the waters of Johnstone Strait near Beaver Cove, Province of British Columbia, did unlawfully dump except in accordance with the terms and conditions of a permit in contravention of Section 4 of the Ocean Dumping Control Act, thereby committing an offence under Section 13(1)(c) of the said Act.

The admitted facts concerning the location and nature of the dumping with which the respondent was charged are as follows. The respondent carries on logging operations on Vancouver Island in connection with its forest products business in British Columbia and maintains a log dump on a water lot leased from the provincial Crown for the purpose of log booming and storage in Beaver Cove, off Johnstone Strait, on the northeast side of Vancouver Island. The waters of Beaver Cove are *inter fauces terrae*, or as put in the stated case, "Beaver Cove is of such size that a person standing on the shoreline of either side of Beaver Cove can easily and reasonably discern between shore and shore of Beaver Cove." On August 16 and 17, 1980 the respondent, using an 80-foot crane operating from a moored scow, dredged woodwaste from the ocean floor immediately adjacent to the shoreline at the site of its log dump in Beaver Cove and deposited it in the deeper waters of the cove approximately 60 to 80 feet seaward of where the woodwaste had been dredged. The purpose of the dredging and dumping was to allow a new

c) cinquante mille dollars, lorsque l'infraction porte sur une substance non comprise dans les annexes I et II.

L'intimée a été accusée, dans une dénonciation comportant deux chefs, d'avoir contrevenu au par. 4(1) de la Loi, commettant ainsi une infraction visée à l'al. 13(1)c):

[TRADUCTION]

b Premier chef: Le 16 août 1980 ou vers cette date, dans les eaux du détroit de Johnstone, près de Beaver Cove dans la province de la Colombie-Britannique, a procédé à une immersion illégale, sans permis, contrairement à l'art. 4 de la Loi sur l'immersion de déchets en mer, commettant ainsi une infraction visée à l'al. 13(1)c) de ladite loi.

d Deuxième chef: Le 17 août 1980 ou vers cette date, dans les eaux du détroit de Johnstone, près de Beaver Cove dans la province de la Colombie-Britannique, a procédé à une immersion illégale, sans permis, contrairement à l'art. 4 de la Loi sur l'immersion de déchets en mer, commettant ainsi une infraction visée à l'al. 13(1)c) de ladite loi.

Voici les faits reconnus concernant le lieu et la nature de l'immersion dont l'intimée est inculpée. L'intimée s'adonne à la coupe du bois sur l'île de Vancouver dans le cadre de l'entreprise de produits forestiers qu'elle exploite en Colombie-Britannique et possède un point de déboulement pour ses billes sur un plan d'eau loué à la province, pour l'entreposage du bois, qu'on entoure d'estacades, à Beaver Cove, aux abords du détroit de Johnstone, sur la côte nord-est de l'île de Vancouver. Les eaux de Beaver Cove sont *inter fauces terrae* ou, comme on le dit dans l'exposé de cause, [TRADUCTION] «L'étendue de Beaver Cove est telle qu'en se tenant sur l'une ou l'autre de ses rives, on peut facilement et raisonnablement discerner l'autre rive.» Les 16 et 17 août 1980, l'intimée, utilisant une grue de 80 pieds installée sur un chaland amarré, a procédé au dragage du fond de la mer le long du rivage, à son point de déboulement, à Beaver Cove, pour déposer dans les eaux plus profondes de l'anse, à quelque 60 à 80 pieds plus au large, les résidus de bois dragués. Par ce dragage et ce déversement, on voulait pouvoir amener une nouvelle structure en

A-frame structure for log dumping to be floated on a barge to the shoreline for installation there and to give clearance for the dumping of bundled logs from the A-frame structure into the waters of the log dump area. The woodwaste consisted of waterlogged logging debris such as bark, wood and slabs. There is no evidence of any dispersal of the woodwaste or any effect on navigation or marine life. At the relevant time the only permit held by the respondent under the Act was one issued on or about July 28, 1980, effective until July 25, 1981, to dump at a site in Johnstone Strait some 2.2 nautical miles from the place where the woodwaste was dumped.

In the Provincial Court of British Columbia, Schmidt Prov. Ct. J. found that the waters of Beaver Cove in which the woodwaste was dumped are within the province of British Columbia. In support of this finding he referred to the judgment of the British Columbia Court of Appeal in *Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas* (1976), 1 B.C.L.R. 97, in which a majority of the Court held that the waters of Johnstone Strait, of which Beaver Cove forms part, are within British Columbia. (An appeal from this judgment was subsequently dismissed by this Court in *Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas*, [1984] 1 S.C.R. 388.) Schmidt Prov. Ct. J. held that the regulation of the dumping of woodwaste in the respondent's log dump area in Beaver Cove, as part of the respondent's logging operations, fell within provincial legislative jurisdiction under head 92(5) of the *Constitution Act, 1867*—“The Management and Sale of Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon”. He further held that the regulation of such dumping did not fall within federal legislative jurisdiction under head 91(10)—“Navigation and Shipping”—or under head 91(12)—“Sea Coast and Inland Fisheries”. Applying this Court's judgment in *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213, he concluded that s. 4(1) of the Act “makes no attempt to link the proscribed conduct to actual or potential harm to fisheries or to

A, pour le déboulement des billes, sur un chaland jusqu'à la rive, pour l'y installer, et avoir de l'espace pour faire débouler des paquets de billes, du haut de la structure en A, dans les eaux du point de déboulement. Les résidus de bois consistaient en débris imbibés d'eau comme des morceaux d'écorce, de bois et de dosses. Il n'y a aucune preuve qu'il y ait eu dispersion des résidus de bois ni que cela ait eu un effet quelconque sur la navigation ou sur la faune et la flore marines. À l'époque en question, le seul permis dont l'intimée était titulaire en vertu de la Loi avait été délivré le 28 juillet 1980 ou vers cette date, et était valide jusqu'au 25 juillet 1981; il l'autorisait à procéder à des immersions en un point du détroit de Johnstone situé à quelques 2,2 milles marins du lieu où ont été immergés les résidus de bois.

Le juge Schmidt de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a conclu que les eaux de Beaver Cove où les résidus de bois ont été immergés sont situées dans la province de la Colombie-Britannique. Pour appuyer cette conclusion, il s'est référé à l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas* (1976), 1 B.C.L.R. 97, où la cour à la majorité a jugé que les eaux du détroit de Johnstone, dont Beaver Cove fait partie, sont situées à l'intérieur des limites de la Colombie-Britannique. (Cette Cour a subséquentement rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, dans le *Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes*, [1984] 1 R.C.S. 388.) Selon le juge Schmidt, la réglementation de l'immersion des résidus de bois au point où l'intimée procédait au déboulement des billes à Beaver Cove, dans le cours de ses activités de coupe de bois, relève du chef de compétence législative provinciale que l'on trouve au par. 92(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, savoir «l'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent». Il a jugé en outre que la réglementation de ce genre d'immersion ne relevait pas du chef de compétence législative fédérale prévu au par. 91(10), savoir «la navigation et les expéditions par eau», ni de celui prévu au par. 91(12), savoir «les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur». Appliquant l'arrêt de cette Cour *Fowler c. La*

interference with navigation or shipping.” Finally, Schmidt Prov. Ct. J. rejected the respondent’s contention that the Parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact s. 4(1) under its treaty implementation power. Applying what was said by Laskin C.J. in *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, he held that there was not a sufficiently clear indication in the Act that it was enacted in implementation of the *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter*. In the result, Schmidt Prov. Ct. J. held s. 4(1) of the Act to be *ultra vires* the Parliament of Canada and dismissed the charges against the respondent.

The appeal by way of stated case from this judgment was dismissed by unanimous judgment of the British Columbia Court of Appeal (Carrothers, Aikens and Macdonald J.J.A.) Macdonald J.A., delivering the judgment of the Court, rejected the appellant’s contentions based on federal jurisdiction with respect to navigation and shipping and seacoast and inland fisheries for the same reason as that adopted by Schmidt Prov. Ct. J. Applying the judgments of this Court in *Fowler, supra*, and *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292, he concluded that the Act made no attempt to link the proscribed conduct to actual or potential harm to navigation or fisheries and thus failed to meet the test laid down in those cases. Macdonald J.A. also rejected the appellant’s contention based on federal jurisdiction to implement treaties, in reliance on what was said by Laskin C.J. in *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, *supra*. Macdonald J.A. held that the dumping of substances in Beaver Cove was a matter that fell within provincial legislative jurisdiction under heads 92(5), 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*. He rejected the contention that it was part of a new matter, referred to as pollution of the sea, which did not exist at the time of Confederation, and not being a matter of a merely local or private nature in the

Reine, [1980] 2 R.C.S. 213, il a conclu que le par. 4(1) de la Loi [TRADUCTION] «ne cherche pas à lier la conduite prohibée au préjudice réel ou éventuel que pourraient subir les pêcheries ou à une entrave à la navigation ou aux expéditions par eau.» Enfin, le juge Schmidt a rejeté l’argument de l’intimée portant que le Parlement du Canada jouissait de la compétence législative pour adopter le par. 4(1) en vertu de son pouvoir de mise à exécution des traités. Appliquant ce qu’a dit le juge en chef Laskin dans l’arrêt *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, il a jugé qu’il n’y avait pas dans la Loi d’indication suffisamment claire qu’elle avait été adoptée en exécution de la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l’immersion de déchets*. En définitive, le juge Schmidt a conclu que le par. 4(1) de la Loi outrepassait la compétence du Parlement du Canada et a rejeté les accusations portées contre l’intimée.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Carrothers, Aikens et Macdonald) a, dans un arrêt unanime, rejeté l’appel par voie d’exposé de cause interjeté contre ce jugement. Le juge Macdonald, qui a rédigé les motifs de la Cour, a rejeté les arguments de l’appelante fondés sur la compétence fédérale en matière de navigation et d’expéditions par eau et en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l’intérieur, pour la même raison que le juge Schmidt. Appliquant les arrêts de cette Cour *Fowler*, précité, et *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292, il a conclu que la Loi ne cherchait pas à lier la conduite prohibée au préjudice réel ou éventuel que pourraient subir la navigation ou les pêcheries et qu’elle ne satisfaisait donc pas au critère énoncé dans ces arrêts. Le juge Macdonald a lui aussi rejeté l’argument de l’appelante fondé sur le pouvoir fédéral de mise à exécution des traités, en s’appuyant sur ce qu’avait affirmé le juge en chef Laskin dans l’arrêt *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, précité. Il a conclu que l’immersion de substances à Beaver Cove était une question qui relevait de la compétence législative provinciale fondée sur les par. 92(5), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a rejeté l’argument selon lequel cela faisait partie d’une nouvelle matière, appelée pollution des mers, qui

province, fell within the peace, order and good government power of the Parliament of Canada on the authority of the judgment of this Court in *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984.

On the appeal to this Court the constitutional question was framed as follows:

Is section 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act*, S.C. 1974-75-76, c. 55, *ultra vires* of the Parliament of Canada, and, in particular, is it *ultra vires* of the Parliament of Canada in its application to the dumping of waste in the waters of Beaver Cove, an area within the province of British Columbia?

II

As the constitutional question indicates, the issue raised by the appeal is the constitutionality of the application of s. 4(1) of the Act to the dumping of waste in waters, other than fresh waters, within a province. The respondent concedes, as it must, that Parliament has jurisdiction to regulate dumping in waters lying outside the territorial limits of any province. It also concedes that Parliament has jurisdiction to regulate the dumping of substances in provincial waters to prevent pollution of those waters that is harmful to fisheries, if the federal legislation meets the test laid down in the *Fowler and Northwest Falling* cases. It further concedes, in view of the opinion expressed in this Court in *Interprovincial Co-operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477, that Parliament has jurisdiction to regulate the dumping in provincial waters of substances that can be shown to cause pollution in extra-provincial waters. What the respondent challenges is federal jurisdiction to control the dumping in provincial waters of substances that are not shown to have a pollutant effect in extra-provincial waters. The respondent contends that on the admitted facts that is precisely the present case. The respondent submits that in so far as s. 4(1) of the Act can only be read as purporting to apply to such dumping it is *ultra vires* and, alternatively, that it should be read, if possible, so as not to apply to such dumping. In either case the appeal must fail. The Attorney

était inconnue à l'époque de la Confédération et qui, n'étant pas une matière d'une nature purement locale ou privée dans la province, relevait de la compétence du Parlement du Canada en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, selon l'arrêt de cette Cour *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984.

Lorsqu'on s'est pourvu en cette Cour, la question constitutionnelle a été formulée ainsi:

Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, chap. 55, est-il *ultra vires* du Parlement du Canada, et, en particulier, est-il *ultra vires* du Parlement du Canada dans son application à l'immersion de déchets dans les eaux de Beaver Cove, à l'intérieur des frontières de la Colombie-Britannique?

II

Comme la question constitutionnelle l'indique, le pourvoi soulève la question de la constitutionnalité de l'application du par. 4(1) de la Loi à l'immersion de déchets dans les eaux d'une province. L'intimée reconnaît, comme il se doit, que le Parlement a compétence pour réglementer les immersions dans les eaux situées en dehors des limites territoriales d'une province. Elle convient aussi que le Parlement a compétence pour réglementer les immersions de substances dans les eaux provinciales afin d'empêcher la pollution de ces eaux qui serait préjudiciable aux pêcheries, si la mesure législative fédérale satisfait au critère énoncé dans les arrêts *Fowler et Northwest Falling*. Elle concède enfin, vu l'opinion exprimée dans l'arrêt de cette Cour *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, que le Parlement a compétence pour réglementer les immersions, dans des eaux provinciales, de substances dont il peut être démontré qu'elles polluent des eaux à l'extérieur de la province. Ce que l'intimée conteste, c'est la compétence fédérale pour contrôler l'immersion, dans des eaux provinciales, de substances dont il n'a pas été démontré qu'elles ont pour effet de polluer les eaux à l'extérieur de la province. L'intimée prétend que, d'après les faits qui ont été reconnus, c'est précisément le cas en l'espèce. Elle fait valoir que, dans la mesure où le par. 4(1) de la Loi ne peut être interprété que comme ayant pour objet de s'appli-

General of British Columbia, who supported the attack on s. 4(1), as applied to the dumping of waste in Beaver Cove, and with whom the Attorney General of Quebec agreed, made a similar submission that s. 4(1) should be read down so as not to apply to dumping in provincial waters. He submitted that the constitutional question should be answered as follows: "Section 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act* is constitutionally inapplicable to marine waters within a province and, therefore, the definition of 'the sea' in s. 2(2) of the *Act* must be read to exclude from the term 'internal waters of Canada' in paragraph (b) those internal waters which are within a province."

In this Court the Attorney General of Canada did not contend that there was a sufficient connection between the Act and navigation to support the validity of s. 4(1) on the basis of federal jurisdiction with respect to navigation and shipping. He did submit, as I understood his argument, that there was a sufficient connection between the Act and the protection of fisheries to meet the test laid down in *Fowler and Northwest Falling*, but I did not understand him to place very great reliance on this submission. His principal submission in this Court was that the control of dumping in provincial marine waters, for the reasons indicated in the Act, was part of a single matter of national concern or dimension which fell within the federal peace, order and good government power. He characterized this matter as the prevention of ocean or marine pollution. His reliance on the specific heads of federal jurisdiction with respect to navigation and shipping and seacoast and inland fisheries, as well as others of a maritime nature, was rather as indicating, in his submission, the scope that should be assigned to federal jurisdiction under the peace, order and good government power to regulate the dumping of substances for the prevention of marine pollution. The Attorney

quer à de telles immersions, il est inconstitutionnel ou, subsidiairement, que ce paragraphe devrait être interprété, si possible, de façon à ne pas s'appliquer à de telles immersions. Dans un cas ^a comme dans l'autre, le pourvoi doit être rejeté. Le procureur général de la Colombie-Britannique, qui appuie la contestation de l'application du par. 4(1) à l'immersion de déchets à Beaver Cove, et dont le procureur général du Québec partage l'opinion, a ^b fait valoir de même que le par. 4(1) devrait être interprété restrictivement de façon à ne pas s'appliquer aux immersions dans des eaux provinciales. Il a soutenu que la question constitutionnelle ^c devrait recevoir la réponse suivante: [TRADUCTION] «Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer* est constitutionnellement inapplicable aux eaux de la mer situées dans une province et donc la définition du terme «mer», au ^d par. 2(2) de la *Loi*, doit être interprétée de manière à exclure de l'expression «eaux intérieures du Canada», que l'on trouve à son alinéa b), les eaux intérieures situées dans une province.»

^e Devant la Cour, le procureur général du Canada n'a pas soutenu qu'il y avait un lien suffisant entre la Loi et la navigation pour valider le par. 4(1) en fonction de la compétence fédérale en matière de navigation et d'expéditions par eau. Il a fait valoir ^f cependant, si j'ai bien compris, qu'il existe un lien suffisant entre la Loi et la protection des pêcheries pour satisfaire au critère énoncé dans les arrêts *Fowler et Northwest Falling*, quoiqu'il ne m'ait ^g pas paru accorder beaucoup d'importance à cet argument. Son argument principal devant la Cour a été que, pour les raisons indiquées dans la Loi, le contrôle des immersions dans les eaux de la mer situées dans une province fait partie d'une seule ^h matière d'intérêt national ou de dimension nationale, qui relève de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. Il a qualifié cette matière de prévention de la ⁱ pollution des mers ou des océans. Son recours aux chefs de compétence fédérale spécifiques en matière de navigation et d'expéditions par eau et en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur, ainsi qu'en d'autres matières de nature ^j maritime, servait plutôt à indiquer, selon lui, la portée qu'il faudrait attribuer au pouvoir, découlant de la compétence fédérale en matière de paix,

General of Canada made it plain that he was not relying in this Court on ancillary or necessarily incidental power. His contention was that the control of dumping in provincial marine waters was an integral part of a single matter of national concern. Nor did he rely in this Court on the peace, order and good government power as a basis of federal jurisdiction to enact the *Ocean Dumping Control Act* in implementation of the *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter*. He referred to the Convention and its Annexes as indicating the mischief to which the Act is directed and as supporting his characterization of the matter in relation to which the Act was enacted. In his factum the Attorney General of Canada also placed some reliance on the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, as a constitutional basis for the enactment of s. 4(1) of the Act as a measure for the prevention of injury to public health, but I did not understand him to press this contention in his oral argument.

Before considering the relationship of the subject-matter of the Act to the possible bases of federal legislative jurisdiction something more should be said about the characterization of that subject-matter, according to the respective contentions of the parties. As I have indicated, the appellant contends that the Act is directed to the control or regulation of marine pollution, the subject-matter of the *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter*. The respondent, on the other hand, contends that by its terms the Act is directed at dumping which need not necessarily have a pollutant effect. It prohibits the dumping of any substance, including a substance not specified in Schedule I or Schedule II, except in accordance with the terms and conditions of a permit. In my opinion, despite this apparent scope, the Act, viewed as a whole, may be properly characterized as directed to the control or regulation of marine

d'ordre et de bon gouvernement, de réglementer les immersions de substances dans le but de prévenir la pollution des mers. Le procureur général du Canada a bien fait comprendre qu'il n'invoquait pas devant nous la théorie des pouvoirs auxiliaires ou nécessairement accessoires. Il a prétendu que le contrôle des immersions dans les eaux de la mer situées dans une province fait partie intégrante d'une seule et même matière d'intérêt national. Il n'a pas non plus invoqué devant nous le pouvoir en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement comme fondement de la compétence fédérale pour adopter la *Loi sur l'immersion de déchets en mer* en exécution de la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets*. Il a dit de la Convention et de ses annexes qu'elles indiquent le mal que la Loi vise à prévenir et qu'elles corroborent sa qualification du sujet visé par l'adoption de la Loi. Dans son mémoire, le procureur général du Canada a lui aussi invoqué jusqu'à un certain point la compétence fédérale en matière de droit criminel, attribuée par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme fondement constitutionnel de l'adoption du par. 4(1) de la Loi, à titre de mesure de prévention d'une atteinte à la santé publique, mais si j'ai bien compris, il n'a pas insisté sur cet argument lors de sa plaidoirie.

Avant d'examiner le rapport qu'il y a entre le sujet sur lequel porte la Loi et les fondements possibles de la compétence législative fédérale, il faudrait en dire plus long sur la qualification de ce sujet, selon les prétentions respectives des parties. Comme je l'ai dit, l'appelante soutient que la Loi vise le contrôle ou la réglementation de la pollution des mers, le sujet même de la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets*. D'autre part, l'intimée soutient que, par les termes qu'elle emploie, la Loi vise les immersions qui n'ont pas nécessairement pour effet de polluer. Elle interdit l'immersion de toute substance, y compris une substance non spécifiée aux annexes I ou II, sauf si cela est fait conformément à un permis. À mon avis, malgré sa portée apparente, on peut fort bien considérer que la Loi, prise dans son ensemble, ne vise que le contrôle ou la réglementation de la pollution des mers, dans la mesure où cela peut importer pour la

pollution, in so far as that may be relevant to the question of legislative jurisdiction. The chosen, and perhaps only effective, regulatory model makes it necessary, in order to prevent marine pollution, to prohibit the dumping of any substance without a permit. Its purpose is to require a permit so that the regulatory authority may determine before the proposed dumping has occurred whether it may be permitted upon certain terms and conditions, having regard to the factors or concerns specified in ss. 9 and 10 of the Act and Schedule III. The Act is concerned with the dumping of substances which may be shown or presumed to have an adverse effect on the marine environment. The Minister and not the person proposing to do the dumping must be the judge of this, acting in accordance with the criteria or factors indicated in ss. 9 and 10 and Schedule III of the Act. There is no suggestion that the Act purports to authorize the prohibition of dumping without regard to perceived adverse effect or the likelihood of such effect on the marine environment. The nature of the marine environment and its protection from adverse effect from dumping is a complex matter which must be left to expert judgment.

III

Before considering the application of the federal peace, order and good government power it is necessary to express an opinion as to the effect of the judgments of this Court in *Fowler* and *Northwest Falling*, because of the particular reliance that was placed on them in the judgments below and in the argument of the respondent and the provincial Attorneys General in this Court.

Fowler was concerned with the validity of s. 33(3) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, which provided: "No person engaging in logging, lumbering, land clearing or other operations, shall put or knowingly permit to be put, any slash, stumps or other debris into any water frequented by fish or that flows into such water, or on the ice over either such water, or at a place from which it is likely to be carried into either such water." Martland J., delivering the unanimous judgment of the Court, referred to the authorities on the nature and scope of federal legislative jurisdiction

question de la compétence législative. Le mode de réglementation choisi, le seul efficace peut-être, rend nécessaire, afin d'empêcher la pollution de la mer, d'interdire l'immersion de toute substance sans permis. Le but poursuivi est d'exiger un permis afin de permettre à l'organisme de réglementation de décider, avant l'immersion projetée, si celle-ci peut être autorisée, à certaines conditions, compte tenu des facteurs et considérations précisés aux art. 9 et 10 et à l'annexe III de la Loi. La Loi s'intéresse à l'immersion de substances dont on peut démontrer ou présumer qu'elles ont un effet nocif sur le milieu marin. C'est le Ministre, et non la personne qui se propose de procéder à l'immersion, qui doit juger de cela selon les critères ou facteurs indiqués aux art. 9 et 10 et à l'annexe III de la Loi. On ne laisse pas entendre que la Loi est censée permettre d'interdire toutes les immersions, sans égard à la perception d'un effet nocif, ou à la probabilité d'un tel effet sur le milieu marin. La nature du milieu marin et sa protection contre tout effet nocif dû à des immersions sont des questions complexes qui doivent être laissées au jugement des experts.

III

Avant d'examiner la question de l'application de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, il est nécessaire de se prononcer sur l'effet des arrêts de cette Cour *Fowler* et *Northwest Falling*, vu l'importance particulière qui leur a été accordée dans les décisions des tribunaux d'instance inférieure et dans les plaidoiries de l'intimée et des procureurs généraux des provinces devant cette Cour.

L'arrêt *Fowler* portait sur la validité du par. 33(3) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, qui prévoyait: «Il est interdit à quiconque fait l'abattage ou la coupe de bois, le défrichement ou autres opérations de déposer ou de permettre sciemment de déposer des déchets de bois, souches ou autres débris dans une eau fréquentée par le poisson ou qui se déverse dans cette eau, ou sur la glace qui recouvre l'une ou l'autre de ces eaux, ou de les déposer dans un endroit d'où il est probable qu'ils soient entraînés dans l'une ou l'autre de ces eaux.» Le juge Martland, prononçant

with respect to seacoast and inland fisheries as indicating that such jurisdiction is concerned with the protection and preservation of fisheries as a public resource, and to definitions of a fishery as indicating both the right of catching fish and the place where the right may be exercised. He then said at p. 224:

The legislation in question here does not deal directly with fisheries, as such, within the meaning of those definitions. Rather, it seeks to control certain kinds of operations not strictly on the basis that they have deleterious effects on fish but, rather, on the basis that they might have such effects. *Prima facie*, subs. 33(3) regulates property and civil rights within a province. Dealing, as it does, with such rights and not dealing specifically with "fisheries", in order to support the legislation it must be established that it provides for matters necessarily incidental to effective legislation on the subject-matter of sea coast and inland fisheries.

After emphasizing the very broad scope of s. 33(3), as covering "not only water frequented by fish but also water that flows into such water, ice over any such water and any place from which slash, stumps and other debris are likely to be carried into such water", Martland J. concluded as follows at p. 226:

Subsection 33(3) makes no attempt to link the proscribed conduct to actual or potential harm to fisheries. It is a blanket prohibition of certain types of activity, subject to provincial jurisdiction, which does not delimit the elements of the offence so as to link the prohibition to any likely harm to fisheries. Furthermore, there was no evidence before the Court to indicate that the full range of activities caught by the subsection do, in fact, cause harm to fisheries. In my opinion, the prohibition in its broad terms is not necessarily incidental to the federal power to legislate in respect of sea coast and inland fisheries and is *ultra vires* of the federal Parliament.

Northwest Falling concerned the validity of s. 33(2) of the *Fisheries Act*, which provided: "Subject to subsection (4), no person shall deposit or

l'arrêt unanime de la Cour, a vu dans la jurisprudence portant sur la nature et la portée de la compétence législative fédérale en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur l'indication que cette compétence se rapporte à la protection et à la conservation des pêcheries en tant que ressource publique, et dans les définitions d'une pêcherie une indication à la fois du droit de capturer du poisson et du lieu où ce droit peut être exercé. Il a ensuite affirmé, à la p. 224:

La disposition législative en cause ici ne traite pas directement des pêcheries, comme telles, au sens où l'entendent ces définitions. Elle cherche plutôt à réglementer certaines activités non parce qu'elles ont des conséquences nuisibles sur le poisson à strictement parler mais plutôt parce qu'elles pourraient en avoir. De prime abord, le par. 33(3) réglemente la propriété et les droits civils dans les limites d'une province. Puisqu'il traite effectivement de ces droits et non spécifiquement de «pêcheries», il faut, pour en appuyer la validité, démontrer qu'il vise des sujets nécessairement accessoires à une législation efficace en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur.

Après avoir souligné la portée fort large du par. 33(3) qui s'applique «non seulement à une eau fréquentée par le poisson mais également à une eau qui se déverse dans cette eau, à la glace qui recouvre cette eau et à tout endroit d'où il est probable que les déchets de bois, les souches et les autres débris soient entraînés dans cette eau», le juge Martland conclut, à la p. 226:

Le paragraphe 33(3) ne cherche pas à établir un lien entre la conduite prohibée et les dommages, réels ou probables, que les pêcheries pourraient subir. C'est une interdiction générale d'exercer certaines activités de compétence provinciale; ce paragraphe ne fixe pas les éléments de l'infraction de manière à établir un lien entre l'interdiction et les dommages vraisemblables aux pêcheries. De plus, aucune preuve produite devant la Cour n'indique que l'ensemble des activités visées par le paragraphe cause effectivement des dommages aux pêcheries. À mon avis, l'interdiction, dans ses termes généraux, n'est pas nécessairement accessoire au pouvoir fédéral de légiférer sur les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur et elle excède les pouvoirs du Parlement fédéral.

L'arrêt *Northwest Falling* portait sur la validité du par. 33(2) de la *Loi sur les pêcheries* qui dispose: «Sous réserve du paragraphe (4), il est

permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish or in any place under any conditions where such deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of such deleterious substance may enter any such water." A "deleterious substance" was defined as one that would so affect the quality of water as to render it "deleterious to fish or fish habitat or to the use by man of fish that frequent that water." The validity of s. 33(2) was attacked on the ground, among others, that it was in relation to the pollution of water generally. The Court held that s. 33(2) was *intra vires* as legislation "aimed at the protection and preservation of fisheries" and distinguishable in this respect from s. 33(3), which had been declared to be *ultra vires* in *Fowler*. Martland J., again delivering the unanimous judgment of the Court, distinguished the two subsections as follows at p. 301:

Unlike subs. (2), subs. (3) contains no reference to deleterious substances. It is not restricted by its own terms to activities that are harmful to fish or fish habitat. The basis of the judgment in the *Fowler* case is set out in the following passage:

Subsection 33(3) makes no attempt to link the proscribed conduct to actual or potential harm to fisheries. It is a blanket prohibition of certain types of activity, subject to provincial jurisdiction, which does not delimit the elements of the offence so as to link the prohibition to any likely harm to fisheries.

In my opinion, subs. 33(2) was *intra vires* of the Parliament of Canada to enact. The definition of "deleterious substance" ensures that the scope of subs. 33(2) is restricted to a prohibition of deposits that threaten fish, fish habitat or the use of fish by man.

I agree with Schmidt Prov. Ct. J. and the British Columbia Court of Appeal that federal legislative jurisdiction with respect to seacoast and inland fisheries is not sufficient by itself to support the constitutional validity of s. 4(1) of the Act because that section, viewed in the context of the Act as a whole, fails to meet the test laid down in *Fowler* and *Northwest Falling*. While the effect on fisher-

interdit à qui que ce soit de déposer ou de permettre que l'on dépose une substance nocive dans des eaux poissonneuses ou en quelque lieu dans des conditions où cette substance nocive ou une autre substance nocive résultant du dépôt de cette substance pourrait pénétrer dans de telles eaux.» Une «substance nocive» y est définie comme celle qui modifierait la qualité de l'eau de façon à la rendre «nocive [...] pour le poisson ou son habitat ou encore à rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui vit dans cette eau». La validité du par. 33(2) était contestée pour le motif, notamment, qu'il visait la pollution des eaux en général. La Cour a jugé le par. 33(2) constitutionnel en tant que disposition législative qui «vise la protection et la conservation des pêcheries», susceptible d'être distinguée à cet égard du par. 33(3), déclaré inconstitutionnel dans l'arrêt *Fowler*. Le juge Martland, qui ici encore a prononcé l'arrêt unanime de la Cour, a fait la distinction suivante entre les deux paragraphes, à la p. 301:

À la différence du par. 33(2), le par. 33(3) ne fait pas référence à des substances nocives. Le texte du paragraphe fait en sorte que ce dernier ne se limite pas aux activités nuisibles aux poissons ou à leur habitat. Le fondement de l'arrêt *Fowler* se trouve dans l'extrait suivant:

Le paragraphe 33(3) ne cherche pas à établir un lien entre la conduite prohibée et les dommages, réels ou probables, que les pêcheries pourraient subir. C'est une interdiction générale d'exercer certaines activités de compétence provinciale; ce paragraphe ne fixe pas les éléments de l'infraction de manière à établir un lien entre l'interdiction et les dommages vraisemblables aux pêcheries.

À mon avis, le par. 33(2) est de la compétence du Parlement du Canada. La définition d'une «substance nocive» fait en sorte que la portée du par. 33(2) se limite à une interdiction de déposer des substances nuisibles aux poissons, à leur habitat ou à l'utilisation du poisson par l'homme.

Je suis d'accord avec le juge Schmidt de la Cour provinciale et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que la compétence législative fédérale en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur n'est pas suffisante en soi pour étayer la constitutionnalité du par. 4(1) de la Loi, puisque cette disposition, prise dans le contexte de l'ensemble de la Loi, ne satisfait pas au critère

ies of marine pollution caused by the dumping of waste is clearly one of the concerns of the Act it is not the only effect of such pollution with which the Act is concerned. A basis for federal legislative jurisdiction to control marine pollution generally in provincial waters cannot be found in any of the specified heads of federal jurisdiction in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, whether taken individually or collectively.

IV

It is necessary then to consider the national dimensions or national concern doctrine (as it is now generally referred to) of the federal peace, order and good government power as a possible basis for the constitutional validity of s. 4(1) of the Act, as applied to the control of dumping in provincial marine waters.

The national concern doctrine was suggested by Lord Watson in the *Local Prohibition* case (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348) and given its modern formulation by Viscount Simon in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193. In *Local Prohibition*, Lord Watson said at p. 361:

Their Lordships do not doubt that some matters, in their origin local and provincial, might attain such dimensions as to affect the body politic of the Dominion, and to justify the Canadian Parliament in passing laws for their regulation or abolition in the interest of the Dominion. But great caution must be observed in distinguishing between that which is local or provincial, and therefore within the jurisdiction of the provincial legislatures, and that which has ceased to be merely local or provincial, and has become matter of national concern, in such sense as to bring it within the jurisdiction of the Parliament of Canada.

In *Canada Temperance Federation*, Viscount Simon said at pp. 205-6:

In their Lordships' opinion, the true test must be found in the real subject matter of the legislation: if it is such

énoncé dans les arrêts *Fowler* et *Northwest Felling*. Certes, l'effet qu'a sur les pêcheries la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets constitue manifestement l'un des sujets de préoccupation de la Loi, mais ce n'est pas là le seul effet de ce genre de pollution auquel la Loi s'intéresse. Le fondement d'une compétence législative fédérale pour contrôler la pollution des mers en général, dans les eaux provinciales, ne saurait se trouver dans les chefs de compétence fédérale énumérés à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pris individuellement ou collectivement.

IV

Il est donc nécessaire d'examiner la théorie des dimensions nationales ou de l'intérêt national (nom sous lequel elle est généralement désignée maintenant) justifiant l'exercice de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, en tant que fondement éventuel de la constitutionnalité de l'application du par. 4(1) de la Loi au contrôle des immersions dans les eaux de mer provinciales.

La théorie de l'intérêt national a été proposée par lord Watson dans l'*affaire des prohibitions locales* (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348) et a reçu sa formulation moderne du vicomte Simon dans *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193. Dans l'*affaire des prohibitions locales*, lord Watson affirme, à la p. 361:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne doutent pas que certaines matières à l'origine locales et provinciales puissent atteindre des proportions telles qu'elles affecteraient le corps politique du Dominion, permettant ainsi au Parlement canadien d'adopter des lois en vue de leur réglementation ou abolition dans l'intérêt du Dominion. Toutefois, il faut exercer une grande prudence en distinguant ce qui est local et provincial, et par conséquent du ressort des législatures provinciales, d'avec ce qui a cessé d'être purement local ou provincial pour revêtir un aspect national, de façon à relever de la compétence du Parlement du Canada.

Dans l'arrêt *Canada Temperance Federation*, le vicomte Simon dit, aux pp. 205 et 206:

[TRADUCTION] De l'avis de leurs Seigneuries, c'est dans la vraie matière de cette législation qu'il faut en recher-

that it goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole (as, for example, in the *Aeronautics* case and the *Radio* case), then it will fall within the competence of the Dominion Parliament as a matter affecting the peace, order and good government of Canada, though it may in another aspect touch on matters specially reserved to the provincial legislatures. War and pestilence, no doubt, are instances; so, too, may be the drink or drug traffic, or the carrying of arms. In *Russell v. The Queen*, Sir Montague Smith gave as an instance of valid Dominion legislation a law which prohibited or restricted the sale or exposure of cattle having a contagious disease. Nor is the validity of the legislation, when due to its inherent nature, affected because there may still be room for enactments by a provincial legislature dealing with an aspect of the same subject in so far as it specially affects that province.

This Court's conception of the national concern doctrine of the federal peace, order and good government power, as enunciated in *Canada Temperance Federation*, is to be derived from the consideration or application given to the doctrine in the following cases: *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *R. v. Hauser, supra*; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; and *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284.

The national concern doctrine, as enunciated in *Canada Temperance Federation*, was referred to with approval by a majority of this Court in *Johannesson* as supporting exclusive federal legislative jurisdiction with respect to the whole field of aeronautics. In *Munro*, where the *National Capital Act* was upheld on the basis of the federal peace, order and good government power, Cartwright J., delivering the unanimous judgment of the Court said that the national concern doctrine had been adopted by this Court in *Johannesson*

cher le caractère véritable: si elle est telle qu'elle dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble, par exemple, dans les affaires de l'aéronautique et de la radiocommunication, elle entre alors dans les attributions du Parlement du Dominion à titre de matière relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du Canada, en dépit du fait qu'elle peut, à d'autres égards, se rattacher à des matières spécifiquement réservées aux législatures provinciales. La guerre et une épidémie de peste en sont sans nul doute des exemples; il peut en être de même du trafic des boissons ou des drogues ou du port d'armes. Dans l'affaire *Russell c. La Reine*, sir Montague Smith a cité comme exemple de législation fédérale valide une loi qui prohiberait ou limiterait la vente ou l'exposition du bétail atteint d'une maladie contagieuse. La validité d'une telle législation, lorsqu'elle découle de sa nature propre, n'est pas non plus affectée du fait qu'elle laisse une place à la législature provinciale pour édicter des textes législatifs qui traitent d'un aspect particulier du même sujet, dans la mesure où celui-ci touche spécialement une province.

La conception que se fait la Cour de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, énoncée dans l'arrêt *Canada Temperance Federation*, doit être puisée dans l'étude ou l'application qu'on a faite de cette théorie dans les arrêts suivants: *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663, *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, *R. c. Hauser*, précité, *Brasseries Labatt du Canada Liée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, et *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284.

La théorie de l'intérêt national, énoncée dans l'arrêt *Canada Temperance Federation*, est mentionnée et approuvée par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Johannesson* comme fondement de la compétence législative exclusive du Parlement sur tout le domaine de l'aéronautique. Dans l'affaire *Munro*, où la *Loi sur la Capitale nationale* a été reconnue valide en fonction de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, le juge Cartwright, prononçant l'arrêt unanime de la Cour, a affirmé que la Cour a

and that the development of the National Capital Region was "a single matter of national concern" (p. 671).

The national concern doctrine was the subject of important commentary in this Court in the *Anti-Inflation Act* reference. A majority of the Court (Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon and Dickson JJ.) upheld the Act on the basis of the emergency doctrine of the federal peace, order and good government power as legislation required to meet a "crisis" (the word used by Laskin C.J.) or "national emergency" (the words used by Ritchie J.) In the course of a comprehensive review of the judicial decisions with respect to the federal peace, order and good government power, Laskin C.J., with whom Judson, Spence and Dickson JJ. concurred, referred, with implicit approval, to the dictum of Viscount Simon in *Canada Temperance Federation*, but indicated that if he found, as he did, that the Act was valid on the basis of the emergency doctrine, as "crisis" legislation, he did not intend to express an opinion as to its possible validity on the basis of the national concern doctrine, on which the Attorney General of Canada had principally relied. He said at p. 419: "If it is sustainable as crisis legislation, it becomes unnecessary to consider the broader ground advanced in its support, and this because, especially in constitutional cases, Courts should not, as a rule, go any farther than is necessary to determine the main issue before them." He indicated, however, that he did not think it wise to attempt to define the scope of the federal peace, order and good government power in such precise or fixed terms as to make it incapable of application to changing or unforeseen circumstances. There is, moreover, a hint that he was disposed to seek a unified theory of the peace, order and good government power and that he regarded the emergency doctrine as a particular application of the national concern doctrine. Referring to the use of the word "emergency" in *Fort Frances Pulp & Power Co. v. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695, he said at p. 407: "Here then was a

adopté la théorie de l'intérêt national dans son arrêt *Johannesson* et que l'aménagement de la région de la Capitale nationale constituait [TRANSDUCTION] «un sujet unique et d'intérêt national»^a (p. 671).

La théorie de l'intérêt national a fait l'objet de commentaires importants de la Cour dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*. La Cour à la majorité (le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon et Dickson) a reconnu la constitutionnalité de la Loi en fonction de la théorie de la situation d'urgence justifiant l'exercice de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, en tant que mesure législative nécessaire pour faire face à une «crise» (terme utilisé par le juge en chef Laskin) ou à une «situation d'urgence nationale» (expression utilisée par le juge Ritchie). Au cours d'une étude exhaustive de la jurisprudence relative à la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, le juge en chef Laskin, à l'avis duquel ont souscrit les juges Judson, Spence et Dickson, s'est référé, en l'approuvant tacitement, à l'opinion incidente du vicomte Simon dans l'arrêt *Canada Temperance Federation*, mais il a indiqué que même s'il jugeait, comme il l'a fait, la Loi valide en fonction de la théorie de la situation d'urgence, en tant que loi «de temps de crise», il n'avait pas l'intention d'exprimer une opinion sur sa validité éventuelle selon la théorie de l'intérêt national, sur laquelle le procureur général du Canada s'était principalement fondé. Il dit, à la p. 419: «Si oui [s'il s'agit d'une loi de temps de crise], il n'est pas nécessaire d'examiner le moyen plus large proposé à l'appui de la validité, étant donné que, surtout dans les affaires constitutionnelles, les tribunaux doivent s'abstenir, règle générale, d'exprimer des avis qui ne sont pas nécessaires pour la décision du litige principal qui leur est soumis». Il a néanmoins fait observer qu'il ne jugeait pas sage de tenter de définir la portée de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement en des termes si précis ou fixes qu'il deviendrait impossible de l'appliquer à des circonstances changeantes ou imprévues. De plus, certains indices portent à croire qu'il était disposé à chercher une théorie unifiée de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement et

particular application of what Lord Watson said in the *Local Prohibition* case”

Ritchie J., with whom Martland and Pigeon JJ. concurred, held that the validity of the Act could rest only on the emergency doctrine of the peace, order and good government power and that the national concern doctrine, in the absence of national emergency, could not give Parliament jurisdiction with respect to matters which would otherwise fall within provincial legislative jurisdiction. He said that he was in agreement with what was said by Beetz J. with reference to the national concern doctrine. Beetz J., with whom de Grandpré J. concurred, was obliged to consider the contention based on the national concern doctrine because he was of the view that the validity of the *Anti-Inflation Act* could not be supported on the basis of national emergency. He held that the national concern doctrine applied, in the absence of national emergency, to single, indivisible matters which did not fall within any of the specified heads of provincial or federal legislative jurisdiction. He held that the containment and reduction of inflation did not meet the test of singleness or indivisibility. Referring to aeronautics, radio and the development of the National Capital Region as distinct matters of national concern, he said at p. 458:

I fail to see how the authorities which so decide lend support to the first submission. They had the effect of adding by judicial process new matters or new classes of matters to the federal list of powers. However, this was done only in cases where a new matter was not an aggregate but had a degree of unity that made it indivisible, an identity which made it distinct from provincial matters and a sufficient consistence to retain the bounds of form. The scale upon which these new matters enabled Parliament to touch on provincial matters had also to be taken into consideration before they were recognized as federal matters: if an enumerated

qu’il considérait la théorie de la situation d’urgence comme une application particulière de la théorie de l’intérêt national. Se référant à l’emploi de l’expression [TRADUCTION] «situation d’urgence» dans l’arrêt *Fort Frances Pulp & Power Co. v. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695, il affirme à la p. 407: «Il s’agit d’un cas où s’applique spécialement ce que lord Watson a dit dans l’arrêt *Local Prohibition* . . . »

Le juge Ritchie, à l’avis duquel ont souscrit les juges Martland et Pigeon, a conclu que la validité de la Loi ne pouvait être fondée que sur la théorie de la situation d’urgence justifiant l’exercice de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement et que la théorie de l’intérêt national, en l’absence de situation d’urgence nationale, ne pouvait conférer au Parlement compétence dans des matières qui relèveraient par ailleurs de la compétence législative des provinces. Il s’est dit d’accord avec les propos du juge Beetz au sujet de la théorie de l’intérêt national. Le juge Beetz, à l’avis duquel a souscrit le juge de Grandpré, s’est vu dans l’obligation d’examiner l’argument fondé sur la théorie de l’intérêt national, puisqu’il était d’avis que la validité de la *Loi anti-inflation* ne pouvait être fondée sur une situation d’urgence nationale. Il a conclu que la théorie de l’intérêt national s’applique, en l’absence de situation d’urgence nationale, aux matières uniques, indivisibles, qui ne relèvent d’aucun des chefs spécifiés de compétence législative provinciale ou fédérale. Il a jugé que l’endiguement et la réduction de l’inflation ne satisfont pas au critère de l’unicité ou de l’indivisibilité. Se référant à l’aéronautique, à la radiocommunication et à l’aménagement de la région de la Capitale nationale, à titre de sujets d’intérêt national distincts, il dit, à la p. 458:

Je ne vois pas comment les arrêts qui en ont ainsi décidé peuvent être invoqués à l’appui du premier moyen. Ces arrêts ont eu pour effet d’ajouter par voie jurisprudentielle de nouvelles matières ou de nouvelles catégories de matières à la liste des pouvoirs fédéraux spécifiques. Cependant la jurisprudence n’en a ainsi décidé que dans des cas où la nouvelle matière n’était pas un agrégat mais présentait un degré d’unité qui la rendait indivisible, une identité qui la rendait distincte des matières provinciales et une consistance suffisante pour retenir les limites d’une forme. Il fallait aussi, avant de reconnaître à ces nouvelles matières le statut de

federal power designated in broad terms such as the trade and commerce power had to be construed so as not to embrace and smother provincial powers (*Parsons' case*) and destroy the equilibrium of the Constitution, the Courts must be all the more careful not to add hitherto unnamed powers of a diffuse nature to the list of federal powers.

The "containment and reduction of inflation" does not pass muster as a new subject matter. It is an aggregate of several subjects some of which form a substantial part of provincial jurisdiction. It is totally lacking in specificity. It is so pervasive that it knows no bounds. Its recognition as a federal head of power would render most provincial powers nugatory.

I should add that inflation is a very ancient phenomenon, several thousands years old, as old probably as the history of currency. The Fathers of Confederation were quite aware of it.

In *Hauser*, a majority of the Court (Martland, Ritchie, Pigeon and Beetz JJ.) held that the constitutional validity of the *Narcotic Control Act* rested on the peace, order and good government power of Parliament rather than on its jurisdiction with respect to criminal law. Pigeon J., who delivered the judgment of the majority, said that the principal consideration in support of this view was that the abuse of narcotic drugs, with which the Act dealt, was a new problem which did not exist at the time of Confederation, and that since it did not come within matters of a merely local or private nature in the province it fell within the "general residual power" in the same manner as aeronautics and radio.

In *Labatt Breweries*, in which a majority of the full Court held that certain provisions of the *Food and Drugs Act* and regulations thereunder were *ultra vires*, Estey J., with whom Martland, Dickson and Beetz JJ. concurred, had occasion to consider the peace, order and good government power as a possible basis of validity. He summed up the doctrine with respect to that basis of federal legislative jurisdiction as falling into three catego-

matières de compétence fédérale, tenir compte de la mesure dans laquelle elles permettraient au Parlement de toucher à des matières de compétence provinciale: si un pouvoir fédéral désigné à l'art. 91 en termes généraux, tel que le pouvoir relatif aux échanges et au commerce, doit, selon la jurisprudence, être interprété de façon à ne pas embrasser et anéantir les pouvoirs provinciaux (arrêt *Parsons*) et détruire ainsi l'équilibre de la Constitution, les tribunaux doivent à plus forte raison se garder d'ajouter des pouvoirs de nature diffuse à la liste des pouvoirs fédéraux.

«L'endiguement et la réduction de l'inflation» n'est pas acceptable comme nouvelle matière. C'est un agrégat de sujets divers dont certains représentent une partie importante de la compétence provinciale. C'est une matière totalement dépourvue de spécificité et dont le caractère envahissant ne connaît pas de limites; en faire l'objet d'une compétence fédérale rendrait illusoire la plupart des pouvoirs provinciaux.

Il est bon de rappeler également que l'inflation est un phénomène fort ancien, datant de plusieurs milliers d'années, aussi ancien probablement que la monnaie elle-même. Les Pères de la Confédération en étaient bien conscients.

Dans l'arrêt *Hauser*, la Cour à la majorité (les juges Martland, Ritchie, Pigeon et Beetz) a jugé que la constitutionnalité de la *Loi sur les stupéfiants* reposait sur la compétence du Parlement en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement plutôt que sur sa compétence en matière de droit criminel. Le juge Pigeon, qui a rendu les motifs de la majorité, a affirmé que la principale considération appuyant ce point de vue est que l'abus des stupéfiants, dont traite la Loi, constitue un problème récent qui n'existait pas à l'époque de la Confédération et qu'étant donné qu'il ne peut être assimilé aux matières de nature purement locale ou privée dans la province, il relève de la «compétence résiduaire générale» tout comme l'aéronautique et la radiocommunication.

Dans l'arrêt *Brasseries Labatt*, où la Cour, siégeant au complet, a jugé à la majorité que certaines dispositions de la *Loi des aliments et drogues* et de son règlement d'application étaient inconstitutionnelles, le juge Estey, à l'avis duquel ont souscrit les juges Martland, Dickson et Beetz, a eu à étudier la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement en tant que fondement éventuel de validité. Il a résumé la jurisprudence

ries: (a) the cases “basing the federal competence on the existence of a national emergency”; (b) the cases in which “federal competence arose because the subject matter did not exist at the time of Confederation and clearly cannot be put into the class of matters of a merely local or private nature”, of which aeronautics and radio were cited as examples; and (c) the cases in which “the subject matter ‘goes beyond local or provincial concern or interest and must, from its inherent nature, be the concern of the Dominion as a whole’”, citing *Canada Temperance Federation*. Thus Estey J. saw the national concern doctrine enunciated in *Canada Temperance Federation* as covering the case, not of a new subject matter which did not exist at Confederation, but of one that may have begun as a matter of a local or provincial concern but had become one of national concern. He referred to that category as “a matter of national concern transcending the local authorities’ power to meet and solve it by legislation”, and quoted in support of this statement of the test a passage from Professor Hogg’s *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 261, in which it was said that “the most important element of national dimension or national concern is a need for one national law which cannot realistically be satisfied by cooperative provincial action because the failure of one province to cooperate would carry with it grave consequences for the residents of other provinces.”

In *Schneider*, in which the Court unanimously held that the *Heroin Treatment Act* of British Columbia was *intra vires*, Dickson J. (as he then was), with whom Martland, Ritchie, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. concurred, indicated, with particular reference to the national concern doctrine and what has come to be known as the “provincial inability” test, why he was of the view that the treatment of heroin dependency, as distinct from the traffic in narcotic drugs, was not a matter falling within the federal peace, order and good government power. He referred to the

relative à ce fondement de la compétence législative fédérale, en la subdivisant en trois catégories: a) les arrêts «qui fonde[nt] la compétence fédérale sur l’existence d’une situation d’urgence nationale»; b) les arrêts où «la question de la compétence fédérale a été soulevée parce que la matière n’existait pas à l’époque de la Confédération et ne peut manifestement pas être placée dans la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée», citant, à titre d’exemples, l’aéronautique et la radiocommunication; et c) les arrêts où «la matière «dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble», citant l’arrêt *Canada Temperance Federation*. Ainsi, le juge Estey a considéré que la théorie de l’intérêt national énoncée dans l’arrêt *Canada Temperance Federation* visait non pas le cas d’une nouvelle matière qui n’existait pas à l’époque de la Confédération, mais celui d’une matière qui, au départ, pouvait avoir été d’intérêt local ou provincial, mais qui avait revêtu par la suite un intérêt national. Il a mentionné cette catégorie comme étant «une question d’intérêt national transcendant le pouvoir des autorités locales d’y faire face par voie législative», et a cité à l’appui de cette formulation du critère un passage de l’ouvrage du professeur Hogg, intitulé *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 261, où l’on dit que [TRADUCTION] «l’élément le plus important de la dimension nationale ou de l’intérêt national est le besoin d’une loi nationale, but qu’une action concertée des provinces ne peut atteindre de façon réaliste, car le défaut de coopération de l’une d’elles entraînerait des conséquences graves pour les habitants des autres provinces.»

Dans l’arrêt *Schneider*, où la Cour a jugé à l’unanimité que l’*Heroin Treatment Act* de la Colombie-Britannique était constitutionnelle, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), à l’avis duquel ont souscrit les juges Martland, Ritchie, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer, a indiqué, particulièrement au sujet de la théorie de l’intérêt national et de ce qu’on en est venu à appeler le critère de l’«incapacité provinciale», pourquoi il était d’avis que le traitement des héroïnomanes, par opposition au trafic des stupéfiants, ne relève pas de la compétence fédérale en matière de paix,

problem of heroin dependency as follows at pp. 131-32:

It is largely a local or provincial problem and not one which has become a matter of national concern, so as to bring it within the jurisdiction of the Parliament of Canada under the residuary power contained in the opening words of the *B.N.A. Act* (now, *Constitution Act, 1867*).

There is no material before the Court leading one to conclude that the problem of heroin dependency as distinguished from illegal trade in drugs is a matter of national interest and dimension transcending the power of each province to meet and solve its own way. It is not a problem which "is beyond the power of the provinces to deal with" (Professor Gibson (1976-77), 7 Man. L.J. 15, at p. 33). Failure by one province to provide treatment facilities will not endanger the interests of another province. The subject is not one which "has attained such dimensions as to affect the body politic of the Dominion" (*In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54, at p. 77). It is not something that "goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole (as, for example, in the *Aeronautics* case and the *Radio* case)" per Viscount Simon in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, at p. 205. See also *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Re C.F.R.B. and Attorney General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819. Nor can it be said, on the record, that heroin addiction has reached a state of emergency as will ground federal competence under residual power.

I do not think the subject of narcotics is so global and indivisible that the legislative domain cannot be divided, illegal trade in narcotics coming within the jurisdiction of the Parliament of Canada and the treatment of addicts under provincial jurisdiction.

In *Wetmore*, where the issue was whether the federal Attorney General was entitled to conduct the prosecution of charges for violation of the *Food and Drugs Act*, Dickson J., dissenting, considered whether the applicable provisions of the *Food and Drugs Act* had their constitutional foundation in the federal criminal law power, or as was

d'ordre et de bon gouvernement. Il traite ainsi du problème de l'héroïnomanie, aux pp. 131 et 132:

Il s'agit surtout d'un problème local ou provincial qui n'est pas encore devenu une question d'intérêt national qui relèverait de la compétence du Parlement du Canada en vertu du pouvoir résiduel conféré par le préambule de l'*A.A.N.B.* (maintenant *Loi constitutionnelle de 1867*).

Aucun élément de preuve devant la Cour ne permet de conclure que le problème de la dépendance à l'égard de l'héroïne par opposition au commerce illégal des drogues constitue une question d'intérêt et d'envergure nationaux qui transcende le pouvoir de chaque province d'y faire face et de la résoudre de sa propre façon. Ce n'est pas un problème qui [TRADUCTION] «dépasse la capacité des provinces de s'en occuper» (le professeur Gibson (1976-77), 7 Man. L.J. 15, à la p. 33). L'omission d'une province d'établir des services de cure ne met pas en péril les intérêts d'une autre province. Il ne s'agit pas d'une question qui [TRADUCTION] «a atteint des dimensions telles qu'elle affecte le corps politique du Dominion» (*In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54, à la p. 77). Il ne s'agit pas de quelque chose qui [TRADUCTION] «dépasse les préoccupations ou intérêts locaux ou provinciaux et qui doit en soi intéresser tout le Dominion (comme par exemple, dans l'affaire de l'aéronautique et celle de la radiocommunication)» selon les termes du vicomte Simon dans *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, à la p. 205. Voir également *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro c. Commission de la Capitale nationale*, [1966] R.C.S. 663; *Re C.F.R.B. and Attorney General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819. On ne peut affirmer non plus, d'après le dossier, que le problème de l'héroïnomanie est devenu urgent au point de justifier le recours à la compétence du fédéral en vertu du pouvoir résiduel.

Je ne crois pas que la question des stupéfiants soit si globale et indivisible qu'on ne puisse pas diviser la compétence législative en attribuant au Parlement du Canada la compétence sur le commerce illégal des stupéfiants et aux provinces la compétence sur le traitement ou la cure des toxicomanes.

Dans l'arrêt *Wetmore*, où la question était de savoir si le procureur général du Canada pouvait diriger des poursuites pour la violation de la *Loi des aliments et drogues*, le juge Dickson, dissident, s'est demandé si les dispositions applicables de la *Loi des aliments et drogues* avaient leur fondement constitutionnel dans la compétence fédérale

held in *Hauser* with respect to the *Narcotic Control Act*, in the peace, order and good government power. In rejecting the latter basis of jurisdiction, he referred to what was said concerning the national concern doctrine of the peace, order and good government power in the *Anti-Inflation Act* reference, *Labatt* and *Hauser* as follows at pp. 294-95:

In the *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, Beetz J., whose judgment on this point commanded majority support, reviewed the extensive jurisprudence on the subject and concluded that the peace, order and good government power should be confined to justifying (i) temporary legislation dealing with a national emergency (p. 459) and (ii) legislation dealing with "distinct subject matters which do not fall within any of the enumerated heads of s. 92 and which, by nature, are of national concern" (p. 457). In the *Labatt* case, *supra*, at pp. 944-45, Estey J. divided this second heading into (i) areas in which the federal competence arises because the subject matter did not exist at the time of Confederation and cannot be classified as of a merely local and private nature and (ii) areas where the subject matter "goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole". This last category is the one enunciated by Viscount Simon in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, at p. 205. The one preceding it formed the basis of the majority decision in *Hauser* that the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, came under the peace, order and good government power as dealing with "a genuinely new problem which did not exist at the time of Confederation".

Applying these principles to the subject matter of the *Food and Drugs Act*, Dickson J. noted that there was no question of emergency or of a new matter that did not exist at Confederation and rejected the national concern doctrine of the peace, order and good government as a basis for the constitutional validity of the provisions in question for the following reasons at p. 296:

en matière de droit criminel ou, comme on l'avait conclu dans l'arrêt *Hauser* relativement à la *Loi sur les stupéfiants*, dans la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. En rejetant ce dernier fondement de compétence, il s'est référé à ce qui avait été dit au sujet de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, et dans les arrêts *Labatt* et *Hauser*, aux pp. 294 et 295:

Dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge Beetz, dont le jugement sur ce point a reçu l'appui de la majorité, a examiné la jurisprudence abondante sur la question et a conclu que la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement doit se limiter à justifier (i) des lois provisoires relatives à une situation d'urgence nationale (p. 459) et (ii) des lois relatives à des «sujets distincts qui ne se rattachent à aucun des paragraphes de l'art. 92 et qui, de par leur nature, sont d'intérêt national» (p. 457). Dans l'arrêt *Labatt* précité, aux pp. 944 et 945, le juge Estey a divisé ce second chef ainsi: (i) les domaines dans lesquels la question de la compétence fédérale est soulevée parce que la matière n'existait pas à l'époque de la Confédération et ne peut être placée dans la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée, et (ii) les domaines où la matière «dépassé les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble». Cette dernière catégorie est celle énoncée par le vicomte Simon dans l'arrêt *Attorney General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, à la p. 205. La catégorie précédente constitue le fondement de la décision de la majorité dans l'arrêt *Hauser* que la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, relève de la compétence relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement puisqu'elle vise «un problème récent qui n'existait pas à l'époque de la Confédération».

Appliquant ces principes à la matière visée par la *Loi des aliments et drogues*, le juge Dickson a fait observer qu'il n'était pas question d'une situation d'urgence ni d'une nouvelle matière qui n'existait pas à l'époque de la Confédération et il a rejeté la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement comme fondement de la constitutionnalité des dispositions en cause, pour les raisons suivantes, à la p. 296:

Finally, it cannot be maintained that ss. 8(a), 9(1) and 26 address a subject that goes beyond local or provincial interest and must from its intrinsic nature be the concern of the Dominion as a whole, as that concept has been interpreted in the cases. Their subject matter would clearly not satisfy the requirements cited by Beetz J. in the *Reference re Anti-Inflation Act, supra*, nor would it come within the criteria proposed by Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 261, in a passage cited by Estey J. in *Labatt, supra*, at p. 945:

These cases suggest that the most important element of national dimension or national concern is a need for one national law which cannot realistically be satisfied by cooperative provincial action because the failure of one province to co-operate would carry with it grave consequences for the residents of other provinces. A subject matter of legislation which has this characteristic has the necessary national dimension or concern to justify invocation of the p.o.g.g. power.

The same factors that prevents ss. 8(a) and 9(1) from qualifying as "general regulation of trade affecting the whole Dominion" also stand in the way of characterizing them as legislation in relation to peace, order and good government under the *Canada Temperance* test. Aside from their purported application throughout Canada and from certain financial and logistical difficulties in enacting comparable provincial legislation, there is nothing inherently "national" in these sections. And as is demonstrated by a line of cases stretching from *Re Insurance Act 1910* (1913), 48 S.C.R. 260, affirmed (*sub nom. Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta (Insurance Reference)*), [1916] 1 A.C. 588 to the *Labatt* case, *supra*, neither of these criteria separately or together is sufficient to validate a federal enactment under the peace, order and good government power.

From this survey of the opinion expressed in this Court concerning the national concern doctrine of the federal peace, order and good government power I draw the following conclusions as to what now appears to be firmly established:

1. The national concern doctrine is separate and distinct from the national emergency doctrine of the peace, order and good government power,

Enfin, on ne peut soutenir que l'al. 8a), le par. 9(1) et l'art. 26 visent une matière qui dépasse les intérêts locaux ou provinciaux et qui, de par sa nature même, doit constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble, suivant l'interprétation que les arrêts donnent à ce concept. De toute évidence, leur objet ne répondrait pas aux exigences dont parle le juge Beetz dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, précité, et ne satisferait pas aux critères proposés par Hogg dans un passage de son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 261, que cite le juge Estey dans l'arrêt *Labatt*, précité, à la p. 945:

[TRADUCTION] Ces décisions laissent entendre que l'élément le plus important de la dimension nationale ou de l'intérêt national est le besoin d'une loi nationale, but qu'une action concertée des provinces ne peut atteindre de façon réaliste, car le défaut de coopération de l'une d'elles entraînerait des conséquences graves pour les habitants des autres provinces. Une matière législative qui a ce caractère possède la dimension nationale ou l'intérêt national nécessaires pour justifier le recours à la compétence relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement.

Les mêmes facteurs qui empêchent l'al. 8a) et le par. 9(1) d'être considérés comme une «réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion» les empêchent également d'être considérés comme se rapportant à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement suivant le critère de l'arrêt *Canada Temperance*. Si ce n'est qu'elles sont censées s'appliquer à tout le Canada et mises à part certaines difficultés financières et logistiques que soulève l'adoption de textes de loi provinciaux comparables, ces dispositions n'ont en soi rien de «national». Et comme le démontre une série d'arrêts depuis le renvoi *Re Insurance Act 1910* (1913), 48 R.C.S. 260, confirmé à (*sub nom. Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta (Renvoi sur les assurances)*) [1916] 1 A.C. 588, jusqu'à l'arrêt *Labatt*, précité, aucun de ces critères, pris séparément ou ensemble, ne suffit à valider une loi fédérale adoptée en vertu de la compétence relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement.

De ce survol des opinions exprimées par cette Cour concernant la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, je tire les conclusions suivantes sur ce qui paraît maintenant fermement établi:

1. La théorie de l'intérêt national est séparée et distincte de la théorie de la situation d'urgence nationale justifiant l'exercice de la compétence

which is chiefly distinguishable by the fact that it provides a constitutional basis for what is necessarily legislation of a temporary nature;

2. The national concern doctrine applies to both new matters which did not exist at Confederation and to matters which, although originally matters of a local or private nature in a province, have since, in the absence of national emergency, become matters of national concern;
3. For a matter to qualify as a matter of national concern in either sense it must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution;
4. In determining whether a matter has attained the required degree of singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern it is relevant to consider what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter.

This last factor, generally referred to as the "provincial inability" test and noted with apparent approval in this Court in *Labatt, Schneider* and *Wetmore*, was suggested, as Professor Hogg acknowledges, by Professor Gibson in his article, "Measuring 'National Dimensions'" (1976), 7 *Man. L.J.* 15, as the most satisfactory rationale of the cases in which the national concern doctrine of the peace, order and good government power has been applied as a basis of federal jurisdiction. As expounded by Professor Gibson, the test would appear to involve a limited or qualified application of federal jurisdiction. As put by Professor Gibson at pp. 34-35, "By this approach, a national dimension would exist whenever a significant aspect of a problem is beyond provincial reach because it falls within the jurisdiction of another province or of the federal Parliament. It is important to empha-

en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, qui peut se distinguer surtout par le fait qu'elle offre un fondement constitutionnel à ce qui est nécessairement une mesure législative provisoire;

2. La théorie de l'intérêt national s'applique autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale;
3. Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution;
4. Pour décider si une matière atteint le degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière.

Ce dernier facteur, généralement appelé le critère de l'«incapacité provinciale», que la Cour a noté et, semble-t-il, approuvé dans les arrêts *Labatt, Schneider* et *Wetmore*, a été proposé, comme le reconnaît le professeur Hogg, par le professeur Gibson dans son article intitulé «Measuring «National Dimensions»» (1976), 7 *Man. L.J.* 15, comme l'explication la plus satisfaisante des cas où la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement a été appliquée comme fondement de la compétence fédérale. Comme l'a exposé le professeur Gibson, le critère semblerait comporter une application limitée, voire conditionnelle, de la compétence fédérale. Comme il l'affirme, aux pp. 34 et 35, [TRADUCTION] «Selon ce point de vue, il y aurait dimension nationale chaque fois qu'un aspect important d'un-

size however that the entire problem would not fall within federal competence in such circumstances. Only that aspect of the problem that is beyond provincial control would do so. Since the "P.O. & G.G." clause bestows only residual powers, the existence of a national dimension justifies no more federal legislation than is necessary to fill the gap in provincial powers. For example, federal jurisdiction to legislate for pollution of interprovincial waterways or to control "pollution price-wars" would (in the absence of other independent sources of federal competence) extend only to measures to reduce the risk that citizens of one province would be harmed by the non-co-operation of another province or provinces." To similar effect, he said in his conclusion at p. 36: "Having regard to the residual nature of the power, it is the writer's thesis that 'national dimensions' are possessed by only those aspects of legislative problems which are beyond the ability of the provincial legislatures to deal because they involve either federal competence or that of another province. Where it would be possible to deal fully with the problem by co-operative action of two or more legislatures, the "national dimension" concerns only the risk of non-co-operation, and justifies only federal legislation addressed to that risk." This would appear to contemplate a concurrent or overlapping federal jurisdiction which, I must observe, is in conflict with what was emphasized by Beetz J. in the *Anti-Inflation Act* reference—that where a matter falls within the national concern doctrine of the peace, order and good government power, as distinct from the emergency doctrine, Parliament has an exclusive jurisdiction of a plenary nature to legislate in relation to that matter, including its intra-provincial aspects.

As expressed by Professor Hogg in the first and second editions of his *Constitutional Law of*

problème est hors de portée provinciale parce qu'il relève de la compétence d'une autre province ou du Parlement fédéral. Cependant, il importe de souligner que ce ne serait pas le problème en entier qui relèverait de la compétence fédérale dans de telles circonstances. C'est uniquement l'aspect du problème qui échappe au contrôle provincial qui en relèverait. Comme la clause «paix, ordre et bon gouvernement» ne confère que des pouvoirs résiduels, l'existence d'une dimension nationale ne justifie une mesure législative fédérale que dans la mesure où cela est nécessaire pour combler une lacune dans les pouvoirs provinciaux. Par exemple, la compétence fédérale pour légiférer en matière de pollution des voies navigables interprovinciales ou pour contrôler les «guerres de prix de la pollution» ne s'étendrait (en l'absence d'autres sources indépendantes de compétence fédérale) qu'aux mesures de réduction du danger que les citoyens d'une province subissent un préjudice par suite de l'absence de coopération de la part d'une seule ou de plusieurs autres provinces.» Dans le même sens, il déclare en conclusion, à la p. 36: [TRADUCTION] «Compte tenu de la nature résiduaire de la compétence, l'auteur a pour thèse que ne revêtent des «dimensions nationales» que les aspects des problèmes législatifs que les assemblées législatives provinciales ne peuvent régler parce qu'ils font intervenir soit une compétence fédérale, soit celle d'une autre province. Lorsqu'il est possible de régler le problème par l'action conjuguée de deux ou plusieurs assemblées législatives, la «dimension nationale» ne peut viser que le risque de non-coopération et ne justifie qu'une mesure législative fédérale portant sur ce risque.» On semblerait ainsi envisager une compétence fédérale concurrente ou superposée, ce qui, je dois le rappeler, est incompatible avec ce que soulignait le juge Beetz dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, savoir que lorsqu'une matière relève de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, par opposition à la théorie de la situation d'urgence, le Parlement jouit d'une compétence exclusive et absolue pour légiférer sur cette matière, y compris sur ses aspects intraprovinciaux.

Comme l'a dit le professeur Hogg dans les première et deuxième éditions de son ouvrage intitulé

Canada, the “provincial inability” test would appear to be adopted simply as a reason for finding that a particular matter is one of national concern falling within the peace, order and good government power: that provincial failure to deal effectively with the intra-provincial aspects of the matter could have an adverse effect on extra-provincial interests. In this sense, the “provincial inability” test is one of the indicia for determining whether a matter has that character of singleness or indivisibility required to bring it within the national concern doctrine. It is because of the interrelatedness of the intra-provincial and extra-provincial aspects of the matter that it requires a single or uniform legislative treatment. The “provincial inability” test must not, however, go so far as to provide a rationale for the general notion, hitherto rejected in the cases, that there must be a plenary jurisdiction in one order of government or the other to deal with any legislative problem. In the context of the national concern doctrine of the peace, order and good government power, its utility lies, in my opinion, in assisting in the determination whether a matter has the requisite singleness or indivisibility from a functional as well as a conceptual point of view.

Before turning to the question whether the pollution caused by the dumping of substances in marine waters, including those within a province, has the required singleness or indivisibility to fall within the national concern doctrine of the peace, order and good government power, some further reference should be made to the opinion expressed by three members of this Court in *Interprovincial Co-operatives Ltd.*, *supra*, concerning federal jurisdiction with respect to the pollution of inter-provincial rivers, because of the particular reliance placed on it by the Attorney General of Canada. That case concerned the validity of *The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act* of Manitoba, which created a statutory liability for damage caused to fisheries in the waters of the province by a contaminant discharged without lawful excuse into waters outside the province and carried by them into waters in the province. The

Constitutional Law of Canada, le critère de l'«incapacité provinciale» semblerait avoir été adopté simplement pour permettre de constater qu'une matière particulière revêt un intérêt national et relève ainsi de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement: l'omission d'une province de s'occuper efficacement des aspects intraprovinciaux de la question pourrait avoir un effet préjudiciable sur des intérêts extra-provinciaux. En ce sens, le critère de l'«incapacité provinciale» est l'un des indices qui permettent de déterminer si une matière revêt le caractère d'unicité et d'indivisibilité nécessaire pour relever de la théorie de l'intérêt national. C'est à cause de la corrélation des aspects intraprovinciaux et extra-provinciaux de la question qu'elle requiert un traitement législatif unique ou uniforme. Le critère de l'«incapacité provinciale» ne doit pas, toutefois, aller jusqu'à justifier la notion générale, jusqu'ici rejetée par la jurisprudence, qu'un palier ou l'autre de gouvernement doit avoir une compétence absolue pour régler un problème législatif. Dans le contexte de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, son utilité réside, à mon avis, dans le fait qu'il aide à déterminer si une matière possède l'unicité ou l'indivisibilité requise tant du point de vue pratique que du point de vue conceptuel.

Avant de passer à la question de savoir si la pollution causée par l'immersion de substances dans les eaux de la mer, y compris celles situées à l'intérieur d'une province, possède l'unicité ou l'indivisibilité requise pour relever de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, il conviendrait de réitérer l'opinion que trois membres de cette Cour ont exprimée, dans l'arrêt *Interprovincial Co-operatives Ltd.*, précité, sur la compétence fédérale en matière de pollution des cours d'eau interprovinciaux, en raison de l'importance particulière que lui a accordée le procureur général du Canada. L'affaire concernait la validité de *The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act* du Manitoba, qui établissait une responsabilité pour les dommages causés aux pêcheries dans les eaux de la province par un polluant déversé, sans excuse légitime, dans des

Act further provided that it was not a lawful excuse for the discharge of a contaminant "that the discharge of the contaminant was permitted by the appropriate regulatory authority having jurisdiction at the place where the discharge occurred, if that regulatory authority did not also have jurisdiction at the place where the contaminant caused damage to the fishery." An action was brought for damage caused to fisheries in Manitoba by mercury discharged into waters in Saskatchewan and Ontario and carried by the natural flow of those waters into waters in Manitoba. Pigeon J., with whom Martland and Beetz JJ. concurred, held that it was beyond the legislative competence of the province to create a statutory right of action for damage caused in the province by acts outside of the province, just as it was beyond the jurisdiction of a province to authorize acts in the province which caused damage in another province. Observing that "Here, we are faced with a pollution problem that is not really local in scope but truly interprovincial" (p. 514), Pigeon J. held that control of the pollution of interprovincial rivers fell within the residuary jurisdiction of Parliament under the peace, order and good government power. Because of the nature of the Manitoba legislation and the facts of the case, I think it must be assumed, as submitted by the respondent, that in referring to the pollution of interprovincial rivers Pigeon J. had in mind pollution that crossed provincial boundaries. Moreover, the opinion that there was federal jurisdiction based on the peace, order and good government power to control the pollution of interprovincial rivers was not that of a majority of the Court. Ritchie J., the other member of the majority in favour of allowing the appeal, was of the view that the Manitoba statute was inapplicable to the defendants, in so far as it sought to deny a right arising outside of the province, but he declined to hold, with Pigeon J., that it was *ultra vires* as being in relation to a matter within federal legislative jurisdiction, a point which he said had not been argued. In the course of his reasons he did express the opinion that Parliament had jurisdiction to control pollution in

eaux à l'extérieur de la province qui l'ont charrié dans les eaux de la province. La Loi prévoyait en outre que la preuve [TRADUCTION] «que le déversement du polluant a été autorisé par l'organisme de contrôle compétent à l'endroit où le déversement s'est effectué ne constitu[ait] pas une excuse légitime si cet organisme n'[était] pas également compétent à l'endroit où le polluant a causé des dommages aux pêcheries.» Une action avait été intentée pour les dommages causés aux pêcheries du Manitoba par le mercure déversé dans les eaux de la Saskatchewan et de l'Ontario, puis charrié par l'écoulement naturel de ces eaux dans celles du Manitoba. Le juge Pigeon, à l'avis duquel ont souscrit les juges Martland et Beetz, a conclu qu'il n'entrait pas dans la compétence législative de la province de créer, par une loi, un droit d'action pour les dommages causés dans la province par des actes commis à l'extérieur de la province, tout comme il n'était pas de la compétence d'une province d'autoriser dans la province des actes ayant causé des dommages dans une autre province. Faisant observer qu'«Ici nous sommes en présence d'un problème de pollution qui n'est pas réellement de portée locale mais véritablement interprovinciale» (p. 514), le juge Pigeon a conclu que le contrôle de la pollution des cours d'eau interprovinciaux relève du pouvoir résiduaire que possède le Parlement, aux termes de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. Vu la nature de la mesure législative manitobaine et compte tenu des faits de l'espèce, je pense qu'on doit présumer, comme le soutient l'intimée, qu'en mentionnant la pollution des cours d'eau interprovinciaux, le juge Pigeon avait à l'esprit la pollution qui franchissait les frontières provinciales. En outre, l'opinion selon laquelle il y avait compétence fédérale, fondée sur la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, pour contrôler la pollution des cours d'eau interprovinciaux, n'était pas celle de la majorité de la Cour. Le juge Ritchie, autre juge formant la majorité favorable à l'accueil du pourvoi, a exprimé l'avis que la loi manitobaine était inapplicable aux défenderesses, dans la mesure où elle cherchait à nier un droit ayant pris naissance à l'extérieur de la province, mais il a refusé de conclure, avec le juge Pigeon, qu'elle était inconstitutionnelle parce que relative à

interprovincial rivers but he referred only to s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867* as the basis of such jurisdiction.

V

Marine pollution, because of its predominantly extra-provincial as well as international character and implications, is clearly a matter of concern to Canada as a whole. The question is whether the control of pollution by the dumping of substances in marine waters, including provincial marine waters, is a single, indivisible matter, distinct from the control of pollution by the dumping of substances in other provincial waters. The *Ocean Dumping Control Act* reflects a distinction between the pollution of salt water and the pollution of fresh water. The question, as I conceive it, is whether that distinction is sufficient to make the control of marine pollution by the dumping of substances a single, indivisible matter falling within the national concern doctrine of the peace, order and good government power.

Marine pollution by the dumping of substances is clearly treated by the *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter* as a distinct and separate form of water pollution having its own characteristics and scientific considerations. This impression is reinforced by the United Nations Report of the Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution, Reports and Studies No. 15, *The Review of the Health of the Oceans* (UNESCO 1982) (hereinafter referred to as the "U.N. Report"), which forms part of the materials placed before the Court in the argument. It is to be noted, however, that, unlike the *Ocean Dumping Control Act*, the Convention does not require regulation of pollution by the dumping of waste in the internal marine waters of a state. Article III, para. 3, of the Convention defines the "sea" as "all marine waters other than the internal waters of the

une matière de compétence législative fédérale, un point qui, a-t-il dit, n'avait pas été débattu. Dans ses motifs, il a exprimé l'opinion que le Parlement a compétence en matière de contrôle de la pollution des cours d'eau interprovinciaux, mais il ne s'est référé qu'au par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour justifier cette compétence.

V

La pollution des mers, à cause de son caractère et de ses incidences extra-provinciales surtout, mais aussi internationales, est manifestement une matière qui intéresse le Canada tout entier. La question est de savoir si le contrôle de la pollution résultant de l'immersion de substances dans les eaux de la mer, y compris dans les eaux de la mer situées dans une province, constitue une matière unique et indivisible, distincte du contrôle de la pollution due à l'immersion de substances dans d'autres eaux provinciales. La *Loi sur l'immersion de déchets en mer* reflète une distinction entre la pollution des eaux salées et celle des eaux douces. La question, telle que je la conçois, est de savoir si cette distinction suffit à faire du contrôle de la pollution des mers due à l'immersion de substances une matière unique et indivisible qui relève de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

De toute évidence, la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets* traite la pollution des mers due à l'immersion de substances comme une forme séparée et distincte de pollution de l'eau, comportant ses propres caractéristiques et présentant des considérations scientifiques spécifiques. Cette impression est renforcée par le rapport du groupe conjoint d'experts sur les aspects scientifiques de la pollution des mers des Nations unies, Reports and Studies No. 15, *The Review of the Health of the Oceans* (UNESCO 1982) (ci-après le «rapport des Nations unies») qui fait partie de la documentation dont la Cour a été saisie au cours du débat. Toutefois, il faut souligner que, contrairement à la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, la Convention n'exige pas la réglementation de la pollution résultant de l'immersion de déchets dans les eaux de la mer qui forment les eaux intérieures d'un

States.” The internal marine waters of a state are those which lie landward of the baseline of the territorial sea, which is determined in accordance with the rules laid down in the United Nations *Convention on the Law of the Sea* (1982). The limitation of the undertaking in the Convention, presumably for reasons of state policy, to the control of dumping in the territorial sea and the open sea cannot, in my opinion, obscure the obviously close relationship, which is emphasized in the U.N. Report, between pollution in coastal waters, including the internal marine waters of a state, and pollution in the territorial sea. Moreover, there is much force, in my opinion, in the appellant’s contention that the difficulty of ascertaining by visual observation the boundary between the territorial sea and the internal marine waters of a state creates an unacceptable degree of uncertainty for the application of regulatory and penal provisions. This, and not simply the possibility or likelihood of the movement of pollutants across that line, is what constitutes the essential indivisibility of the matter of marine pollution by the dumping of substances.

There remains the question whether the pollution of marine waters by the dumping of substances is sufficiently distinguishable from the pollution of fresh waters by such dumping to meet the requirement of singleness or indivisibility. In many cases the pollution of fresh waters will have a pollutant effect in the marine waters into which they flow, and this is noted by the U.N. Report, but that report, as I have suggested, emphasizes that marine pollution, because of the differences in the composition and action of marine waters and fresh waters, has its own characteristics and scientific considerations that distinguish it from fresh water pollution. Moreover, the distinction between salt water and fresh water as limiting the application of the *Ocean Dumping Control Act* meets the consideration emphasized by a majority of this Court in the *Anti-Inflation Act* reference—that in order for a matter to qualify as one of national

État. Le paragraphe 3 de l’article III de la Convention définit la «mer» comme étant «toutes les eaux marines à l’exception des eaux intérieures des États.» Les eaux de la mer qui forment les eaux intérieures d’un État sont celles situées en deçà de la ligne de base de la mer territoriale, laquelle est déterminée conformément aux règles énoncées dans la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* (1982). La restriction apportée au contrôle que la Convention, présumément pour des raisons de politique gouvernementale, cherche à exercer sur les immersions dans la mer territoriale et en haute mer ne saurait, à mon avis, obscurcir le lien manifestement étroit, que souligne le rapport des Nations unies, existant entre la pollution des eaux côtières, y compris les eaux de la mer qui forment les eaux intérieures d’un État, et la pollution de la mer territoriale. De plus, je considère bien valable l’argument de l’appelante portant que la difficulté de vérifier de visu la limite entre la mer territoriale et les eaux de la mer qui forment les eaux intérieures d’un État, suscite un degré inacceptable d’incertitude quand il s’agit d’appliquer des dispositions réglementaires et pénales. C’est cela, et non la seule possibilité ou probabilité que des polluants traversent cette limite, qui constitue l’indivisibilité essentielle de cette matière qu’est la pollution des mers résultant de l’immersion de substances.

Reste la question de savoir si la pollution des eaux de la mer résultant de l’immersion de substances peut suffisamment se distinguer de la pollution des eaux douces due à de telles immersions pour satisfaire à l’unicité ou à l’indivisibilité requises. Dans bien des cas, la pollution des eaux douces a pour effet de polluer les eaux de la mer dans lesquelles elles se déversent, ce que note le rapport des Nations unies; mais ce rapport, comme je l’ai laissé entendre, souligne que la pollution de la mer, à cause des différences qui existent entre les eaux de la mer et les eaux douces sur le plan de leur composition et de leur action, comporte ses propres caractéristiques et présente des considérations scientifiques spécifiques qui la distinguent de la pollution des eaux douces. En outre, la distinction entre eaux salées et eaux douces, pour limiter l’application de la *Loi sur l’immersion de déchets en mer*, satisfait au critère sur lequel la Cour, à la

concern falling within the federal peace, order and good government power it must have ascertainable and reasonable limits, in so far as its impact on provincial jurisdiction is concerned.

For these reasons I am of the opinion that s. 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act* is constitutionally valid as enacted in relation to a matter falling within the national concern doctrine of the peace, order and good government power of the Parliament of Canada, and, in particular, that it is constitutional in its application to the dumping of waste in the waters of Beaver Cove. I would accordingly allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and Schmidt Prov. Ct. J. and refer the matter back to the Provincial Court judge. The constitutional question should be answered as follows:

Is section 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act*, S.C. 1974-75-76, c. 55, *ultra vires* of the Parliament of Canada, and, in particular, is it *ultra vires* of the Parliament of Canada in its application to the dumping of waste in the waters of Beaver Cove, an area within the province of British Columbia?

Answer: No.

The reasons of Beetz, Lamer and La Forest JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—The issue raised in this appeal involves the extent to which the federal Parliament may constitutionally prohibit the disposal of substances not shown to have a pollutant effect in marine waters beyond the coast but within the limits of a province.

Facts

My colleague, Le Dain J., has set forth the facts, the applicable legislation and the judicial history of the case, and it is sufficient for me to make reference only to the most salient of these factual matters.

The respondent, Crown Zellerbach Canada Limited, was charged with "dumping" contrary to

majorité, a insisté dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, savoir que pour qu'on puisse dire qu'une matière revêt un intérêt national et relève de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, elle doit comporter des limites vérifiables et raisonnables, pour ce qui est de son incidence sur la compétence provinciale.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le par. 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer* est constitutionnel, parce qu'il porte sur une matière relevant de la théorie de l'intérêt national qui justifie l'exercice de la compétence que possède le Parlement du Canada en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, et en particulier, que son application à l'immersion de déchets dans les eaux de Beaver Cove est constitutionnelle. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement du juge Schmidt et de renvoyer l'affaire au juge de la Cour provinciale. Je suis d'avis de donner la réponse suivante à la question constitutionnelle:

Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, chap. 55, est-il *ultra vires* du Parlement du Canada, et, en particulier, est-il *ultra vires* du Parlement du Canada dans son application à l'immersion de déchets dans les eaux de Beaver Cove, à l'intérieur des frontières de la Colombie-Britannique?

Réponse: Non.

Version française des motifs des juges Beetz, Lamer et La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—La question qui se pose dans ce pourvoi concerne la mesure dans laquelle le Parlement fédéral peut constitutionnellement interdire l'immersion au large de la côte, mais dans les limites d'une province, de substances, dont il n'est pas démontré qu'elles ont pour effet de polluer les eaux de la mer.

Les faits

Mon collègue le juge Le Dain a exposé les faits, la législation applicable et l'historique des procédures, aussi me suffira-t-il de ne rappeler que les plus saillants de ces aspects factuels.

L'intimée, Crown Zellerbach Canada Limited, est accusée d'avoir procédé à une «immersion»

s. 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act*, S.C. 1974-75-76, c. 55, which simply provides that no person shall dump except in accordance with the terms and conditions of a permit. "Dumping" is defined by s. 2(1) of the Act as "any deliberate disposal from ships, aircraft, platforms or other man-made structures at sea of any substance . . ." (emphasis added).

The facts upon which the charge was based are briefly as follows. During the conduct of logging operations on Vancouver Island, British Columbia, Crown Zellerbach dredged woodwaste, consisting of water-logged logging debris such as bark, wood and slabs, from the ocean floor immediately adjacent to its dumping site in Beaver Cove and dumped it into deeper waters in Beaver Cove 60 to 80 feet seaward of the original dumpsite in a water lot area leased to the respondent by the province of British Columbia. There is no evidence of any dispersal of the woodwaste or of any effect on navigation or marine life. The respondent had a permit to dump under the Act, but it did not cover dumping at the new site. The waters of Beaver Cove are *inter fauces terrae*, the opposite shores at its entrance being approximately one half mile; they are navigable and flow into Johnstone Strait, which is connected with the Pacific.

It was not disputed that the bed of the water at the dumping site is within, and belongs to, the province; *Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas*, [1984] 1 S.C.R. 388. According to the respondent, the waters of Beaver Cove are over 100 km from extra-provincial waters. However, the application of the Act is not thereby restricted, for "the sea" in which dumping is prohibited is not confined to the territorial sea and beyond, but by s. 2(2)(b) of the Act includes the internal waters of Canada other than inland waters (see s. 2(3)), i.e., the marine waters from the coast to the baseline of the territorial sea.

contrairement au par. 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, chap. 55, qui dispose purement et simplement qu'il ne peut être procédé à des immersions qu'en conformité avec un permis. Le terme «immersion» est défini au par. 2(1) de la Loi comme «tout rejet délibéré de substances à partir de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages placés en mer . . .» (je souligne).

Voici brièvement les faits sur lesquels l'accusation est fondée. Dans le cadre de l'exploitation de son entreprise de coupe de bois sur l'île de Vancouver (Colombie-Britannique), l'intimée Crown Zellerbach a procédé au dragage du fond de la mer le long du rivage, à son point de déboulement sur un plan d'eau loué à la province, à Beaver Cove, pour déposer dans les eaux plus profondes de l'anse, à quelque 60 à 80 pieds plus au large, les résidus de bois dragués consistant en débris imbibés d'eau comme des morceaux d'écorce, de bois et de dosses. Il n'existe aucune preuve qu'il y ait eu dispersion des résidus de bois ni que cela ait eu un effet quelconque sur la navigation ou sur la faune et la flore marines. L'intimée était titulaire d'un permis d'immersion délivré en vertu de la Loi, mais ce permis ne l'autorisait pas à procéder à des immersions à ce nouvel endroit. Les eaux de Beaver Cove sont *inter fauces terrae*, les rives à son entrée étant distantes d'environ un demi-mille; elles sont navigables et se jettent dans le détroit de Johnstone qui communique avec le Pacifique.

On n'a pas contesté que le lit de la mer au point d'immersion est situé dans la province et lui appartient; *Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes*, [1984] 1 R.C.S. 388. D'après l'intimée, les eaux de Beaver Cove sont à plus de 100 km des eaux extra-provinciales. Toutefois, l'application de la Loi ne s'en trouve pas restreinte, car la «mer» où les immersions sont interdites n'est pas confinée à la mer territoriale ni aux zones de mer situées au-delà de celle-ci mais, en vertu de l'al. 2(2)(b) de la Loi, elle comprend les eaux intérieures du Canada à l'exclusion des eaux internes (voir le par. 2(3)), c'est-à-dire les eaux de la mer sises entre la côte et la ligne de base de la mer territoriale.

In the courts below, the respondent contested the validity of s. 4(1) as going beyond federal legislative jurisdiction and invading the provincial domain. As my colleague has indicated, the courts below accepted this contention. The Crown in right of Canada appealed to this Court seeking to have the provision declared valid. The respondent continues to maintain that the provision is invalid, but adds that in any event it should not apply to the facts of this case.

The constitutional question to be determined was framed in the following terms:

Is section 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act*, S.C. 1974-75-76, c. 55, *ultra vires* of the Parliament of Canada, and, in particular, is it *ultra vires* of the Parliament of Canada in its application to the dumping of waste in the waters of Beaver Cove, an area within the province of British Columbia?

The Attorneys General of British Columbia and of Quebec intervened in support of the view that s. 4(1) is constitutionally inapplicable to internal waters within a province.

The Issues

The principal thrust of the appellant's submission is that the subject-matter of the *Ocean Dumping Control Act* is the control of ocean pollution. The control of ocean pollution, counsel for the appellant argued, is a matter that goes beyond local or provincial interests and is a matter of national concern to Canada as a whole and, as such, falls within Parliament's power to legislate in respect of the peace, order and good government of Canada. In the exercise of its jurisdiction to control ocean pollution, he continued, Parliament may prohibit the dumping of any substance, whether it is a pollutant or not, even in those areas of the sea that lie within the limits of a province. I propose to deal with this major issue later, confining myself at this point to a discussion of the further issues raised by the parties.

Devant les tribunaux d'instance inférieure, l'intimée a contesté la validité du par. 4(1), pour le motif qu'il outrepassé la compétence législative fédérale et qu'il empiète sur un domaine de compétence provinciale. Comme mon collègue l'a indiqué, les tribunaux d'instance inférieure ont accepté cet argument. Sa Majesté du chef du Canada s'est pourvue devant cette Cour afin de faire déclarer la disposition valide. L'intimée continue de maintenir que la disposition est invalide, mais elle ajoute que, de toute façon, elle ne devrait pas s'appliquer aux faits en l'espèce.

La question constitutionnelle à trancher est ainsi conçue:

Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, chap. 55, est-il *ultra vires* du Parlement du Canada, et, en particulier, est-il *ultra vires* du Parlement du Canada dans son application à l'immersion de déchets dans les eaux de Beaver Cove, à l'intérieur des frontières de la Colombie-Britannique?

Les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Québec sont intervenus à l'appui du point de vue selon lequel le par. 4(1) est constitutionnellement inapplicable aux eaux intérieures situées dans une province.

Les questions en litige

L'argumentation de l'appelante porte principalement que l'objet de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer* est le contrôle de la pollution du milieu marin. Le contrôle de la pollution du milieu marin, soutient l'avocat de l'appelante, est une question qui dépasse les intérêts provinciaux ou locaux et constitue une question nationale qui intéresse le Canada tout entier et qui, à ce titre, relève de la compétence législative du Parlement en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement du Canada. Dans l'exercice de sa compétence relative au contrôle de la pollution du milieu marin, poursuit-il, le Parlement peut interdire l'immersion de toute substance, polluante ou non, même dans les zones de la mer situées à l'intérieur des limites d'une province. Je compte examiner cette question importante plus loin, me limitant, pour le moment, à une analyse des autres points soulevés par les parties.

As subsidiary support for his principal submission, counsel relied on a number of heads of power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867* relating to the sea as exemplary of the types of matters falling within the general federal legislative power, specifically navigation and shipping (s. 91(10)), beacons, buoys and lighthouses (s. 91(9)), inter-provincial and international ferries (s. 91(13)), and seacoast and inland fisheries (s. 91(12)). This subsidiary argument, I may say, at once proves too little and too much. Section 91(9), for example, does not include intra-provincial ferries, and s. 91(12) expressly includes both sea and fresh water fisheries. Beetz J. (dissenting but on this point speaking for the majority) disposed of a similar argument out of hand in *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at pp. 458-59.

In this Court, counsel otherwise avoided reliance on the powers to legislate respecting fisheries or navigation as supporting s. 4(1). These arguments, as the courts below held, are untenable in light of the decision of this Court in *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213. There the Court held *ultra vires* s. 33(3) of the federal *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, which prohibited any person engaged in logging, lumbering and other operations from putting woodwaste into water frequented by fish. Martland J., speaking for the Court, made it clear that for the provision to be justifiable as fishery legislation there had to be a link between the proscribed conduct and the actual or potential harm to fisheries. In his words: "It is a blanket prohibition of certain types of activity, subject to provincial jurisdiction, which does not delimit the elements of the offence so as to link the prohibition to any likely harm to fisheries." (p. 226) As in the present case, there was no evidence of any such link. Both cases may be contrasted to *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292, where the Court upheld s. 33(2) of the *Fisheries Act* which prohibited depos-

Comme point subsidiaire à l'appui de son argument principal, l'avocat de l'appelante invoque un certain nombre de chefs de compétence qu'énonce l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* relativement à la mer, comme illustrant le genre de matières qui relèvent de la compétence législative générale du Parlement fédéral, à savoir, plus précisément, la navigation et les expéditions par eau (par. 91(10)), les amarques, les bouées et les phares (par. 91(9)), les passages d'eau interprovinciaux et internationaux (par. 91(13)), et les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur (par. 91(12)). Cet argument subsidiaire, si je puis m'exprimer ainsi, prouve à la fois trop peu et trop de choses. Le paragraphe 91(9), par exemple, n'inclut pas les passages d'eau intraprovinciaux et le par. 91(12) inclut expressément à la fois les pêcheries de la mer et des eaux douces. Le juge Beetz (dissident, mais s'exprimant sur ce point au nom des juges formant la majorité) a rejeté d'emblée un argument similaire dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, aux pp. 458 et 459.

Devant cette Cour, l'avocat de l'appelante a par ailleurs évité d'invoquer les compétences législatives en matière de pêcheries ou de navigation pour justifier le par. 4(1). Ces arguments, comme l'ont jugé les tribunaux d'instance inférieure, sont intenable compte tenu de l'arrêt de cette Cour *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213. Dans cet arrêt, la Cour a jugé inconstitutionnel le par. 33(3) de la *Loi sur les pêcheries* fédérale, S.R.C. 1970, chap. F-14, qui interdisait à quiconque faisait l'abattage, la coupe de bois ou d'autres opérations, de déposer des résidus de bois dans des eaux fréquentées par le poisson. Le juge Martland a clairement affirmé, au nom de la Cour, que pour que la disposition pût être justifiée à titre de mesure législative en matière de pêcheries, il devait y avoir un lien entre la conduite prohibée et les dommages réels ou probables que les pêcheries pourraient subir. Pour reprendre ses termes: «C'est une interdiction générale d'exercer certaines activités de compétence provinciale; ce paragraphe ne fixe pas les éléments de l'infraction de manière à établir un lien entre l'interdiction et les dommages vraisemblables aux pêcheries.» (p. 226) Comme en l'espèce, il n'y avait aucune preuve qu'un lien de ce genre existait. On peut opposer ces deux affaires à l'arrêt *Northwest*

iting in water frequented by fish any substance deleterious to fish.

There was, if anything, even less to link the prohibition in the present case to navigation. The prohibition is obviously not directed to the activity of navigation, and there is no evidence to show that the dumping interferes in any way with the navigability of the water.

I see no more merit in the submission, which appeared in the appellant's written submission, that the prohibition in s. 4(1) is justifiable as criminal law, and it is significant that counsel rather ignored this submission in his oral argument. It may be true that some of the items listed in the schedules to the Act could be harmful to human health if dumped in water, and it is also true that a prohibition properly directed at the protection of health might be justifiable as an exercise of the criminal law power; see *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at pp. 49-50. But it is difficult to see how the impugned provision preventing the dumping into marine waters of any substance, however innocuous, can be said to be aimed at the protection of health.

In the courts below, the appellant had also argued that the impugned provision could be supported on the basis of a federal treaty power as being intended to implement the *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter*, which was signed by Canada on December 29, 1972. This argument was, however, rejected on the ground that, assuming such a power existed, it could not be used to support the impugned provision here having regard to Laskin C.J.'s statement in *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, at pp. 171-72, that there had to be a sufficiently clear indication in the Act that it was intended to implement a treaty. Counsel did not take up this argument in

Falling Contractors Ltd. c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 292, où la Cour a confirmé la validité du par. 33(2) de la *Loi sur les pêcheries*, qui interdit le dépôt de toute substance nocive dans des eaux poissonneuses.

Il y a peut-être encore moins d'éléments qui permettent d'établir un lien entre l'interdiction en l'espèce et la navigation. L'interdiction ne vise manifestement pas la navigation et il n'y a aucune preuve qui démontre que les immersions nuisent de quelque façon à la navigabilité des eaux en question.

Selon moi, l'argument portant, dans le mémoire de l'appelante, que l'interdiction édictée au par. 4(1) est justifiable comme mesure en matière de droit criminel, n'est pas plus valable et il est significatif que l'avocat de l'appelante ait préféré l'ignorer dans sa plaidoirie. Il est possible que certaines des substances énumérées dans les annexes de la Loi soient dommageables pour la santé humaine si elles sont déversées dans l'eau et il est vrai aussi qu'une interdiction ayant vraiment pour objet de protéger la santé pourrait être justifiée comme un exercice de la compétence en matière de droit criminel; voir *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, aux pp. 49 et 50. Mais il est difficile de voir comment la disposition contestée, qui interdit les immersions dans les eaux de la mer de toute substance, si inoffensive soit-elle, peut être considérée comme visant la protection de la santé.

Devant les tribunaux d'instance inférieure, l'appelante a aussi fait valoir que la disposition contestée peut être justifiée par un pouvoir fédéral de mise à exécution des traités, comme ayant été adoptée pour mettre en œuvre la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets*, signée par le Canada le 29 décembre 1972. Cet argument a toutefois été rejeté pour le motif que, même à supposer qu'un tel pouvoir existe, il ne pourrait servir à justifier la disposition contestée en l'espèce, compte tenu de l'affirmation du juge en chef Laskin dans l'arrêt *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, aux pp. 171 et 172, qu'il doit y avoir dans la Loi une indication suffisamment claire

this Court, rightly in my view, because the Convention, unlike the Act, does not address pollution by dumping waste in the internal waters of a state, but is confined to dumping in the sea beyond the internal waters. Article III, para. 3 of the Convention defines "sea" as "all marine waters other than the internal waters of the States". I do not understand how the fact that Parliament has chosen to adopt a similar regime in internal waters not covered by the Convention can be of any assistance in determining whether it has authority to prohibit dumping in internal waters within the province. In fact, while there is a general obligation imposed on the contracting states under Article I of the Convention to promote the control of all sources of marine pollution, the practical steps to which these states pledge themselves in giving effect to this obligation are confined to "the dumping of waste or other matter that is liable to create hazards to human health, to harm living resources and marine life, to damage amenities or to interfere with other legitimate uses of the sea." I fail to see, then, how the Convention can serve as justification for a blanket prohibition such as appears in s. 4(1) of the Act.

There remains, then, the appellant's argument that s. 4(1) is valid as legislation respecting ocean pollution under the peace, order and good government clause.

For his part, the respondent does not deny Parliament's power to regulate ocean pollution, but submits that s. 4(1) of the Act extends beyond the control of ocean pollution to encompass the dumping of all substances, whether pollutants or not. Much of the subject-matter of the section, the respondent continues, particularly as it relates to the facts of the present case, falls within the classes of subjects assigned exclusively to the provincial legislatures. The reality, it adds, is that while s. 4(1) deals with some matters falling

qu'elle a pour but de mettre à exécution un traité. L'avocat de l'appelante n'a pas repris cet argument en cette Cour, avec raison selon moi, parce que la Convention, contrairement à la Loi, ne vise pas la pollution résultant de l'immersion de déchets dans les eaux intérieures d'un État, mais est confinée aux immersions en mer, au-delà des eaux intérieures. Le paragraphe 3 de l'article III de la Convention définit la «mer» comme étant «toutes les eaux marines à l'exception des eaux intérieures des États». Je ne comprends pas comment le fait que le Parlement a choisi d'adopter un régime semblable pour les eaux intérieures non visées par la Convention peut être d'une aide quelconque quand il s'agit de décider s'il a le pouvoir d'interdire les immersions dans les eaux intérieures comprises dans une province. En fait, alors que l'article premier de la Convention impose aux États contractants l'obligation générale de promouvoir le contrôle de toutes les sources de pollution du milieu marin, les mesures pratiques que ces États se sont engagés à prendre pour mettre à exécution cette obligation ne visent que «l'immersion de déchets et d'autres matières susceptibles de mettre en danger la santé de l'homme, de nuire aux ressources biologiques, à la faune et à la flore marines, de porter atteinte aux agréments ou de gêner toutes autres utilisations légitimes de la mer.» Je ne vois donc pas comment la Convention peut permettre de justifier une interdiction générale comme celle du par. 4(1) de la Loi.

Il reste alors l'argument de l'appelante selon lequel le par. 4(1) est valide, comme mesure législative relative à la pollution du milieu marin, en vertu de la clause en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

Pour sa part, l'intimée ne nie pas que le Parlement a le pouvoir de réglementer la pollution du milieu marin, mais elle fait valoir que le par. 4(1) de la Loi va au-delà du contrôle de la pollution des mers pour englober l'immersion de toute substance, polluante ou non. Le sujet visé par la disposition, poursuit l'intimée, compte tenu particulièrement des faits de la présente affaire, relève dans une large mesure des catégories de sujets attribuées exclusivement aux assemblées législatives des provinces. En réalité, ajoute-t-elle, alors

within federal jurisdiction, such as extra-provincial dumping and extra-provincial pollution, which is clearly federal, it does not do so directly, but encompasses as well matters such as intra-provincial depositing of substances and intra-provincial pollution. It thus invades the following heads of provincial legislative power: provincial public lands (s. 92(5)), local works and undertakings (s. 92(10)), property and civil rights (s. 92(13)), and matters of a local or private nature (s. 92(16)).

I start with the proposition that what is sought to be regulated in the present case is an activity wholly within the province, taking place on provincially owned land. Only local works and undertakings are involved, and there is no evidence that the substance made subject to the prohibition in s. 4(1) is either deleterious in any way or has any impact beyond the limits of the province. It is not difficult, on this basis, to conclude that the matter is one that falls within provincial legislative power unless it can somehow be established that it falls within Parliament's general power to legislate for the peace, order and good government of Canada.

Peace, Order and Good Government

There are several applications of the peace, order and good government power that may have relevance to the control of ocean pollution. One is its application in times of emergency. The federal Parliament clearly has power to deal with a grave emergency without regard to the ordinary division of legislative power under the Constitution. The most obvious manifestation of this power is in times of war or civil insurrection, but it has in recent years also been applied in peacetime to justify the control of rampant inflation; see *Re: Anti-Inflation Act, supra*. But while there can be no doubt that the control of ocean pollution poses a serious problem, no one has argued that it has reached such grave proportions as to require the

que le par. 4(1) traite de certaines questions qui relèvent de la compétence fédérale, comme les immersions et la pollution extra-provinciales qui sont nettement du domaine fédéral, il englobe aussi, indirectement, des questions comme les déversements intraprovinciaux de substances et la pollution intraprovinciale. Il empiète donc sur les chefs suivants de compétence législative provinciale: les terres publiques provinciales (par. 92(5)), les ouvrages et entreprises d'une nature locale (par. 92(10)), la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et les matières d'une nature locale ou privée (par. 92(16)).

Examinons d'abord la proposition portant que, ce que l'on cherche à réglementer en l'espèce, c'est une activité qui se déroule entièrement à l'intérieur de la province, sur un bien-fonds appartenant à la province. Ne sont en cause que des ouvrages et des entreprises d'une nature locale et il n'existe aucune preuve que la substance qui fait l'objet de l'interdiction prévue au par. 4(1) est nocive de quelque manière, ou a quelque effet au-delà des limites de la province. Il n'est pas difficile, à cet égard, de conclure qu'il s'agit d'une matière qui relève de la compétence législative provinciale, à moins que l'on ne puisse établir d'une manière ou d'une autre qu'elle relève du pouvoir général du Parlement de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada.

Paix, ordre et bon gouvernement

Il y a plusieurs applications de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement qui peuvent être pertinentes relativement au contrôle de la pollution du milieu marin. L'une d'elles est son application aux situations d'urgence. Le Parlement fédéral a clairement le pouvoir de répondre à une situation d'urgence grave, sans égard pour le partage ordinaire des compétences législatives en vertu de la Constitution. La plus évidente manifestation de ce pouvoir apparaît en temps de guerre ou d'insurrection populaire, mais il a, ces dernières années, aussi été exercé en temps de paix pour justifier le contrôle d'une inflation effrénée; voir le *Renvoi: Loi anti-inflation*, précité. Cependant, même s'il ne peut y avoir de doute que le contrôle de la pollution du milieu marin pose un problème sérieux, nul n'a soutenu que ce type de

displacement of the ordinary division of legislative power under the Constitution.

A second manner in which the power to legislate respecting peace, order and good government may be invoked in the present context is to control that area of the sea lying beyond the limits of the provinces. The federal government may not only regulate the territorial sea and other areas over which Canada exercises sovereignty, either under its power to legislate respecting its public property, or under the general power respecting peace, order and good government under s. 91 (*Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792) or under s. 4 of the *Constitution Act, 1871* (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28. I have no doubt that it may also, as an aspect of its international sovereignty, exercise legislative jurisdiction for the control of pollution beyond its borders; see *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86.

In legislating under its general power for the control of pollution in areas of the ocean falling outside provincial jurisdiction, the federal Parliament is not confined to regulating activities taking place within those areas. It may take steps to prevent activities in a province, such as dumping substances in provincial waters that pollute or have the potential to pollute the sea outside the province. Indeed, the exercise of such jurisdiction, it would seem to me, is not limited to coastal and internal waters but extends to the control of deposits in fresh water that have the effect of polluting outside a province. Reference may be made here to *Interprovincial Co-operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477, where a majority of this Court upheld the view that the federal Parliament had exclusive legislative jurisdiction to deal with a problem that resulted from the depositing of a pollutant in a river in one province that had injurious effects in another province. This is but an application of the doctrine of national dimensions

pollution a pris des proportions alarmantes au point qu'il faille passer outre au partage ordinaire des compétences législatives prévu par la Constitution.

^a Il y a une seconde façon d'invoquer le pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement en l'espèce; ce pourrait être dans le cadre du contrôle de la zone de mer située en dehors des limites des provinces. Le gouvernement fédéral peut non seulement réglementer la mer territoriale et les autres zones sur lesquelles le Canada exerce sa souveraineté, soit en vertu de sa compétence législative en matière de propriété publique, soit en vertu de la compétence générale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, que lui confère l'art. 91 (*Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792) ou encore l'art. 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., chap. 28. Je ne doute pas qu'il puisse aussi, et c'est là un aspect de sa souveraineté internationale, exercer sa compétence législative pour contrôler la pollution au-delà de ses frontières; voir le *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86.

Lorsqu'il légifère, en vertu de sa compétence générale, afin de contrôler la pollution dans des zones maritimes situées en dehors du ressort des provinces, le Parlement fédéral n'est pas limité à la réglementation des activités qui se déroulent dans ses zones. Il peut prendre des mesures pour empêcher certaines activités dans une province, comme l'immersion dans des eaux provinciales de substances polluantes ou susceptibles de polluer la mer à l'extérieur de la province. D'ailleurs, l'exercice de cette compétence, me semble-t-il, ne se limite pas aux eaux côtières et intérieures, mais s'étend au contrôle des dépôts en eau douce ayant un effet polluant à l'extérieur d'une province. On peut se référer ici à l'arrêt *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, où cette Cour à la majorité a confirmé que le Parlement fédéral a compétence législative exclusive pour connaître d'un problème résultant du déversement d'un polluant dans un cours d'eau d'une province, ayant eu des effets dommageables dans une autre province. Ce n'est là qu'une application de la théorie des dimensions nationales qui déclenche

triggering the operation of the peace, order and good government clause.

It should require no demonstration that water moves in hydrologic cycles and that effective pollution control requires regulating pollution at its source. That source may, in fact, be situated outside the waters themselves. It is significant that the provision of the *Fisheries Act* upheld by this Court in *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen, supra*, as a valid means of protecting the fisheries not only prohibited the depositing of a deleterious substance in water, but in any place where it might enter waters frequented by fish. Given the way substances seep into the ground and the movement of surface and ground waters into rivers and ultimately into the sea, this can potentially cover a very large area. Indeed, since the pollution of the ocean in an important measure results from aerial pollution rather than from substances deposited in waters, similar regulations could be made in respect of substances that so pollute the air as to cause damage to the ocean or generally outside the provinces. (For discussions of the interaction of air pollutants and the ocean, see IMCO/FAO/UNESCO/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution, Reports and Studies No. 15, *The Review of the Health of the Oceans* (UNESCO 1982), at p. 3 (hereinafter "U.N. Report"), at, *inter alia*, pp. 1-3 and 15; Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission, *1980 Annual Report: A Perspective on the Problem of Hazardous Substances in the Great Lakes Basin Ecosystem* (1980), esp. at p. 22 (hereinafter "I.J.C. Report"); I.J.C. Report, Appendix A & B, "Assessment of Airborne Contaminants in the Great Lakes Basin Ecosystem", esp. at pp. 1, 9 and 95. I should add that considerable administrative flexibility goes with the exercise of these powers. Thus considerable administrative control is given federal authorities by a power given by s. 33(4) of the *Fisheries Act* to exempt some pollutants in specified quantities in certain areas, subject to prescribed conditions. I see no reason why similar

l'application de la clause en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

Il ne devrait pas être nécessaire de démontrer que l'eau suit des cycles hydrologiques et qu'un contrôle efficace de la pollution exige une réglementation de celle-ci à sa source. Cette source peut, en fait, ne pas se trouver dans les eaux mêmes. Il est significatif que la disposition de la *Loi sur les pêcheries*, dont la Cour, dans l'arrêt *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, précité, a reconnu la validité comme moyen de protéger les pêcheries, interdisait le déversement de substances nocives non seulement dans l'eau, mais aussi en quelque lieu où celles-ci pourraient pénétrer dans des eaux poissonneuses. Compte tenu de la façon dont certaines substances s'infiltrèrent dans le sol et du déversement des eaux de surface et souterraines dans les cours d'eau et finalement dans la mer, cela est susceptible de viser une aire fort large. En vérité, comme la pollution du milieu marin résulte, dans une large mesure, de la pollution atmosphérique plutôt que du déversement de substances dans les eaux, une réglementation similaire pourrait être édictée à l'égard des substances qui polluent l'air au point de causer des dommages à l'océan ou, de manière générale, à l'extérieur des provinces. (Pour une analyse de l'interaction des polluants atmosphériques et de l'océan, voir IMCO/FAO/UNESCO/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution, Reports and Studies No. 15, *The Review of the Health of the Oceans* (UNESCO 1982), à la p. 3 (ci-après le «rapport des Nations unies»), notamment aux pp. 1 à 3 et 15; Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission, *1980 Annual Report: A Perspective on the Problem of Hazardous Substances in the Great Lakes Basin Ecosystem* (1980), spécialement à la p. 22 (ci-après le «rapport de la Commission mixte internationale»); rapport de la Commission mixte internationale, annexes A & B, «Assessment of Airborne Contaminants in the Great Lakes Basin Ecosystem», spécialement aux pp. 1, 9 et 95. J'ajouterais que l'exercice de ces pouvoirs se fait avec une souplesse administrative considérable. Donc, un contrôle administratif considérable est attribué aux autorités fédérales en

provisions could not be devised to control the pollution of the ocean.

The power above described can be complemented by provisions made pursuant to the criminal law power. Thus specific provisions prohibiting the deposit of particular substances could be devised in a manner similar to the prohibitions in the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27. The combination of the criminal law power with its power to control pollution that has extra-provincial dimensions gives the federal Parliament very wide scope to control ocean pollution. While it would not be proper for me to enter into the validity of the provisions of the *Clean Air Act*, S.C. 1970-71-72, c. 47, which were upheld in *Re Canada Metal Co. and The Queen* (1982), 144 D.L.R. (3d) 124 (Man. Q.B.), those provisions do indicate that a combination of the general federal legislative power and the criminal power could go a long way towards prohibiting the pollution of internal waters as well as those in territorial waters and the high seas.

In fact, as I see it, the potential breadth of federal power to control pollution by use of its general power is so great that, even without resort to the specific argument made by the appellant, the constitutional challenge in the end may be the development of judicial strategies to confine its ambit. It must be remembered that the peace, order and good government clause may comprise not only prohibitions, like criminal law, but regulation. Regulation to control pollution, which is incidentally only part of the even larger global problem of managing the environment, could arguably include not only emission standards but the control of the substances used in manufacture, as well as

vertu du pouvoir, conféré par le par. 33(4) de la *Loi sur les pêcheries*, de permettre exceptionnellement le déversement de certaines substances polluantes en des quantités spécifiées, dans certaines zones, sous réserve des conditions prescrites. Je ne vois pas pourquoi il ne serait pas possible de formuler des dispositions similaires pour contrôler la pollution du milieu marin.

Le pouvoir décrit ci-dessus peut être complété par des dispositions adoptées en vertu de la compétence en matière de droit criminel. Ainsi, des dispositions spécifiques interdisant le déversement de substances particulières pourraient être formulées de manière semblable aux prohibitions de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27. L'exercice conjugué de sa compétence en matière de droit criminel et de son pouvoir de contrôler la pollution qui revêt des dimensions extra-provinciales, confère au Parlement fédéral une très grande latitude pour ce qui est de contrôler la pollution du milieu marin. Même s'il ne conviendrait guère que j'examine la validité des dispositions de la *Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*, S.C. 1970-71-72, chap. 47, qui ont été maintenues dans *Re Canada Metal Co. and The Queen* (1982), 144 D.L.R. (3d) 124 (B.R. Man.), il reste que ces dispositions montrent que la combinaison de la compétence législative générale du Parlement fédéral et de sa compétence en matière de droit criminel pourrait bien permettre d'interdire la pollution des eaux intérieures comme celle des eaux territoriales et des eaux en haute mer.

En fait, j'estime que l'étendue potentielle du pouvoir du Parlement fédéral de contrôler la pollution, par l'exercice de sa compétence générale, est à ce point vaste que, même sans recourir à l'argument spécifique qu'avance l'appelante, le défi constitutionnel peut, en définitive, résider dans la mise au point de stratégies judiciaires visant à en limiter la portée. Il faut se rappeler que la clause en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement peut comporter non seulement des interdictions, comme en matière de droit criminel, mais également la réglementation. La réglementation visant à contrôler la pollution, qui, incidemment, ne représente qu'une partie du problème global

the techniques of production generally, in so far as these may have an impact on pollution. This has profound implications for the federal-provincial balance mandated by the Constitution. The challenge for the courts, as in the past, will be to allow the federal Parliament sufficient scope to acquit itself of its duties to deal with national and international problems while respecting the scheme of federalism provided by the Constitution.

These considerations underline the importance of linking the prohibition to the purpose sought to be achieved. At times, that link can readily be inferred, for example in the case of dumping noxious fluid into coastal waters. In other cases, such as the depositing of noxious solid material inland, cogent proof will be required. These ideas were felicitously put by Rand J. in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 333:

Conceding, as in the Alberta Reference, that aspects of the activities of religion and free speech may be affected by provincial legislation, such legislation, as in all other fields, must be sufficiently definite and precise to indicate its subject matter. In our political organization, as in federal structures generally, that is the condition of legislation by any authority within it: the courts must be able from its language and its relevant circumstances, to attribute an enactment to a matter *in relation to which* the legislature acting has been empowered to make laws. That principle inheres in the nature of federalism; otherwise, authority, in broad and general terms, could be conferred which would end the division of powers. Where the language is sufficiently specific and can fairly be interpreted as applying only to matter within the enacting jurisdiction, that attribution will be made; and where the requisite elements are present, there is the rule of severability. But to authorize action which may be related indifferently to a variety of incompatible matters by means of the device of a discretionary license cannot be brought within either of these mechanisms; and the Court is powerless, under general language that overlaps exclusive jurisdictions, to delineate and preserve valid power in a segregated form. If the purpose is street regulation, taxation, registration or

plus large de la gestion de l'environnement, pourrait inclure non seulement des normes d'émission, mais aussi le contrôle des substances utilisées dans l'industrie manufacturière ainsi que des techniques de production en général dans la mesure où elles ont un effet sur la pollution. Il y a là des conséquences énormes pour l'équilibre fédéral-provincial prescrit par la Constitution. Le défi auquel feront face les tribunaux consiste, comme par le passé, à accorder au Parlement fédéral suffisamment de latitude pour lui permettre de s'acquitter de son obligation de régler les problèmes nationaux et internationaux, tout en respectant le régime fédéral prévu par la Constitution.

Ces considérations soulignent l'importance de lier l'interdiction à l'objet recherché. Parfois on peut facilement déduire l'existence de ce lien comme, par exemple, dans le cas du déversement de substances liquides nocives dans les eaux côtières. Dans d'autres cas, comme dans celui du dépôt de matières solides nocives à l'intérieur des terres, des éléments de preuve concluants seront nécessaires. Ces idées ont été bien exposées par le juge Rand dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, à la p. 333:

[TRADUCTION] Si l'on admet, comme dans le Renvoi sur les lois de l'Alberta, que la législation d'une province peut toucher à certains aspects de l'activité religieuse et de la liberté de parole, du moins cette législation doit-elle, comme dans tous les autres domaines, être suffisamment précise pour révéler son objet. Dans notre organisation politique, comme dans les régimes fédéraux en général, c'est la condition *sine qua non* de toute législation, d'où qu'elle vienne. Les tribunaux doivent pouvoir, d'après ses termes et les circonstances qui l'entourent, rattacher un texte législatif à une matière *relativement à laquelle* la législature qui l'adopte a reçu le pouvoir de faire des lois. Ce principe fait partie de la nature même du fédéralisme; on pourrait autrement conférer une autorité en termes si larges et généraux qu'elle mettrait un terme au partage des compétences. Lorsque les termes d'une loi sont suffisamment précis et qu'il est relativement facile de l'interpréter comme ne s'appliquant qu'à une matière entrant dans la compétence du législateur qui l'adopte, on procédera à cette affectation; et, lorsqu'on constate la présence des éléments requis, il existe la règle relative à la divisibilité. Mais il n'est pas possible de faire entrer dans l'un ou l'autre de ces mécanismes le fait d'autoriser un acte qui peut se rattacher indifféremment à un certain nombre

other local object, the language must, with sufficient precision, define the matter and mode of administration; and by no expedient which ignores that requirement can constitutional limitations be circumvented.

However widely one interprets the federal power to control ocean pollution along the preceding line of analysis, it will not serve to support the provision impugned here, one that, as in the *Fowler* case, *supra*, is a blanket prohibition against depositing any substance in waters without regard to its nature or amount, and one moreover where there is, in Martland J.'s words, at p. 226 of that case, "no attempt to link the proscribed conduct to actual or potential harm" to what is sought to be protected; in *Fowler*, the fisheries, here, the ocean. As in *Fowler*, too, there is no evidence to indicate that the full range of activities caught by the provision cause the harm sought to be prevented. Whether one views this in terms of protecting federal marine property or as an attempted application of the national dimensions doctrine in the matter somewhat akin to that in the *Interprovincial Co-operatives* case, *supra*, the second proposition of Lord Tomlin in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia* (the *Fish Canneries* case), [1930] A.C. 111, at p. 118, has relevance here. It reads:

(2) The general power of legislation conferred upon the Parliament of the Dominion by s. 91 of the Act in supplement of the power to legislate upon the subjects expressly enumerated must be strictly confined to such matters as are unquestionably of national interest and importance, and must not trench on any of the subjects enumerated in s. 92 as within the scope of provincial legislation, unless these matters have attained such dimensions as to affect the body politic of the Dominion:

de matières incompatibles au moyen de l'artifice d'un permis accordé de façon discrétionnaire. Les tribunaux ne peuvent alors, face aux termes généraux qui chevauchent des compétences exclusives, délimiter et préserver un pouvoir valide qui serait divisible. Si le but est la police des rues, l'imposition, l'enregistrement ou tout autre objet local, les termes doivent décrire avec une précision suffisante la matière du règlement et son mode d'application et il n'est pas possible, par aucun moyen laissant de côté cette exigence, de contourner les contraintes de notre droit constitutionnel.

Quelque large que soit l'interprétation que l'on donne au pouvoir fédéral de contrôler la pollution du milieu marin, conformément à l'analyse qui précède, elle ne saurait servir à justifier la disposition contestée en l'espèce, qui, comme dans l'affaire *Fowler*, précitée, est une interdiction générale de déverser quelque substance que ce soit dans les eaux, peu importe sa nature ou sa quantité, et qui de plus en est une où, pour reprendre les termes du juge Martland, à la p. 226 de cet arrêt, on «ne cherche pas à établir un lien entre la conduite prohibée et les dommages, réels ou probables», que ce que l'on cherche à protéger pourrait subir, savoir dans l'affaire *Fowler*, les pêcheries, et en l'espèce, l'océan. Comme dans l'affaire *Fowler* aussi, il n'existe aucune preuve démontrant que l'ensemble des activités visées par la disposition cause le dommage que l'on veut prévenir. Que l'on perçoive cela comme visant à protéger la propriété maritime fédérale, ou comme une tentative d'appliquer la théorie des dimensions nationales à une matière quelque peu semblable à celle dont il est question dans l'affaire *Interprovincial Co-operatives*, précitée, la seconde thèse énoncée par lord Tomlin dans l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia* (l'affaire des conserveries de poisson), [1930] A.C. 111, à la p. 118, est pertinente ici. La voici:

[TRADUCTION] (2) Le pouvoir général de légiférer que l'art. 91 de la Loi confère au Parlement du Canada en plus du pouvoir de légiférer sur les sujets expressément énumérés, doit se restreindre strictement aux matières qui sont incontestablement d'importance ou d'intérêt national et ne doit empiéter sur aucun des sujets énumérés à l'art. 92 comme étant du ressort exclusif des législatures provinciales, à moins que ces matières prennent des proportions telles qu'elles affectent

see *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion* ([1896] A.C. 348).

(Cited by Martland J. in *Fowler, supra*, at p. 220.) Here, Parliament may undoubtedly prohibit the dumping of anything into federal waters, but unless a more comprehensive theory for applying the national dimensions doctrine can be found, prohibitions against dumping substances into provincial waters must be linked to some federal power.

Why Parliament should have chosen to enact a prohibition in such broad terms is a matter upon which one is left to speculate. It may be that, in view of the lack of knowledge about the effects of various substances deposited in water, it may be necessary to monitor all such deposits. We have no evidence on the extent to which it is necessary to monitor all deposits into the sea to develop an effective regime for the prevention of ocean pollution. A system of monitoring that was necessarily incidental to an effective legislative scheme for the control of ocean pollution could constitutionally be justified. But here not only was no material advanced to establish the need for such a system, the Act goes much further and prohibits the deposit of any substance in the sea, including provincial internal waters. If such a provision were held valid, why would a federal provision prohibiting the emission of any substance in any quantity into the air, except as permitted by federal authorities, not be constitutionally justifiable as a measure for the control of ocean pollution, it now being known that deposits from the air are a serious source of ocean pollution? See U.N. Report, *op. cit.*, at p. 15; I.J.C. Report, *op. cit.*, at p. 22. Here again an excerpt from Lord Tomlin's judgment in the *Fish Canneries case, supra*, at pp. 121-22, also cited by

tent le corps politique du Dominion: voir *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, ([1896] A.C. 348).

^a (Cité par le juge Martland dans l'arrêt *Fowler*, précité, à la p. 220.) En l'espèce, le Parlement peut sans aucun doute interdire les immersions de toute nature dans les eaux fédérales, mais à moins de trouver une théorie plus globale permettant d'appliquer celle des dimensions nationales, les interdictions d'immerger des substances dans les eaux provinciales doivent être liées à une compétence fédérale quelconque.

^c Pour ce qui est de savoir pourquoi le Parlement aurait dû choisir d'édicter une interdiction dans des termes aussi larges, on ne peut que formuler des hypothèses. Il se peut que, compte tenu du manque de connaissances sur les effets des diverses substances déposées dans l'eau, il soit nécessaire de surveiller tous ces déversements. Nous n'avons été saisis d'aucune preuve concernant la mesure dans laquelle il serait nécessaire de surveiller tous les déversements dans la mer pour mettre au point un régime efficace de prévention de la pollution du milieu marin. Un système de surveillance dont dépendrait nécessairement l'efficacité d'un régime législatif de contrôle de la pollution du milieu marin pourrait être justifié du point de vue constitutionnel. Mais, en l'espèce, non seulement aucune pièce n'a été soumise pour établir la nécessité d'un tel système, mais encore la Loi va beaucoup plus loin en interdisant le déversement de toute substance dans la mer, y compris dans les eaux intérieures des provinces. Si une telle disposition était jugée valide, pourquoi une disposition fédérale interdisant l'émission dans l'atmosphère de toute substance, quelle qu'en soit la quantité, à l'exception de ce qui est permis par les autorités fédérales, ne serait-elle pas justifiable du point de vue constitutionnel à titre de mesure de contrôle de la pollution du milieu marin, puisque nous savons maintenant que les dépôts d'origine atmosphérique constituent une source importante de pollution des océans? Voir rapport des Nations unies, *op. cit.*, à la p. 15; rapport de la Commission mixte internationale, *op. cit.*, à la p. 22. Ici encore, un extrait des motifs de lord Tomlin dans l'affaire *des conserveries de poisson*, précitée, aux pp. 121 et 122, cité aussi par le juge Martland dans l'arrêt *Fowler*,

Martland J. in *Fowler, supra*, at pp. 224-25, may usefully be cited. It reads:

It may be, though on this point their Lordships express no opinion, that effective fishery legislation requires that the Minister should have power for the purpose of enforcing regulations against the taking of unfit fish or against the taking of fish out of season, to inspect all fish canning or fish curing establishments and require them to make appropriate statistical returns. Even if this were so the necessity for applying to such establishments any such licensing system as is embodied in the sections in question does not follow. It is not obvious that any licensing system is necessarily incidental to effective fishery legislation, and no material has been placed before the Supreme Court or their Lordships' Board establishing the necessary connection between the two subject matters. In their Lordships' view, therefore, the appellant's second contention is not well founded.

Counsel for the appellant did not, of course, frame the issue in the manner in which I have thus far discussed it. I have examined it in this way, however, to show that on a more traditional approach to the underlying issues than he suggests Parliament has very wide powers to deal with ocean pollution, whether within or outside the limits of the province, but that even if one stretches this traditional approach to its limits, the impugned provision cannot constitutionally be justified. It requires a quantum leap to find constitutional justification for the provision, one, it seems to me, that would create considerable stress on Canadian federalism as it has developed over the years. What he argues for, we saw, is that the dumping of any substance in the sea beginning, apparently, from the coasts of the provinces and the mouths of provincial rivers falls exclusively within the legislative jurisdiction of Parliament as being a matter of national concern or dimension even though the sea-bed is within the province and whether or not the substance is noxious or potentially so.

Le Dain J. has in the course of his judgment discussed the cases relating to the development of

précité, aux pp. 224 et 225, mérite d'être reproduit. Le voici:

[TRADUCTION] Il se peut, bien que leurs Seigneuries ne se prononcent pas sur cette question, que pour être efficace, une loi sur les pêcheries doive donner au Ministre les pouvoirs nécessaires pour faire observer les règlements interdisant la prise de poissons non comestibles ou la pêche hors saison, pour inspecter toutes les conserveries ou les usines de traitement de poisson et exiger de ces établissements qu'ils fournissent des renseignements statistiques adéquats. Même si c'était le cas, il ne s'en suit pas qu'il faille appliquer à ces établissements un système de permis comme celui prévu dans les articles en cause. Il n'est pas évident qu'un système de permis est nécessairement accessoire à une législation efficace en matière de pêcheries, et ni en Cour suprême ni devant leurs Seigneuries, on n'a produit une preuve qui établisse le lien nécessaire entre les deux sujets. Par conséquent, de l'avis de leurs Seigneuries, la seconde prétention de l'appellant n'est pas bien fondée.

L'avocat de l'appelante n'a pas, bien entendu, formulé la question de la façon dont je l'ai jusqu'à maintenant analysée. Cependant, je l'ai examinée de cette façon pour montrer que, selon une façon plus traditionnelle d'aborder les questions sous-jacentes que celle qu'il propose, le Parlement jouit de pouvoirs fort étendus pour combattre la pollution du milieu marin, à l'intérieur comme à l'extérieur des limites de la province, mais que, même si l'on pousse à l'extrême cette méthode traditionnelle, la disposition contestée ne peut être justifiée du point de vue constitutionnel. Il est nécessaire de procéder par un raisonnement tout à fait différent pour trouver une justification constitutionnelle à la disposition, un raisonnement, me semble-t-il, qui soumettrait le fédéralisme canadien, tel qu'il a évolué au cours des ans, à une tension considérable. Ce qu'il soutient, nous l'avons vu, c'est que l'immersion de toute substance en mer à partir, apparemment, des côtes des provinces et de l'embouchure des cours d'eau provinciaux, relève exclusivement de la compétence législative du Parlement, à titre de question d'intérêt national ou de dimension nationale, bien que le lit de la mer fasse partie du territoire de la province et peu importe que la substance soit nocive ou potentiellement nocive.

Le juge Le Dain a, dans ses motifs, analysé les précédents relatifs à la conception de l'aspect

the “national concern or dimension” aspect of the peace, order and good government clause, and I find it unnecessary to review that development in any detail. It is sufficient for my purpose to say that this development has since the 1930s particularly been resorted to from time to time to bring into the ambit of federal power a number of matters, such as radio (*In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304), aeronautics (*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292), and the national capital region (*Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663), that are clearly of national importance. They do not fit comfortably within provincial power. Both in their workings and in their practical implications they have predominantly national dimensions. Many of these subjects are new and are obviously of extra-provincial concern. They are thus appropriate for assignment to the general federal legislative power. They are often related to matters intimately tied to federal jurisdiction. Radio (which is relevant to the power to regulate interprovincial undertakings) is an example. The closely contested issue of narcotics control (cf. *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, and *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, per Laskin C.J.) is intimately related to criminal law and international trade.

The need to make such characterizations from time to time is readily apparent. From this necessary function, however, it is easy but, I say it with respect, fallacious to go further, and, taking a number of quite separate areas of activity, some under accepted constitutional values within federal, and some within provincial legislative capacity, consider them to be a single indivisible matter of national interest and concern lying outside the specific heads of power assigned under the Constitution. By conceptualizing broad social, economic and political issues in that way, one can effectively invent new heads of federal power under the national dimensions doctrine, thereby incidentally removing them from provincial jurisdiction or at least abridging the provinces’ freedom of operation. This, as I see it, is the implication of the

«intérêt national ou dimension nationale» de la clause en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement, aussi je n’estime pas nécessaire de la reprendre en détail. Il suffit pour mes fins que je dise que, depuis les années 30, on y a particulièrement eu recours à l’occasion pour faire relever de la compétence fédérale un certain nombre de matières, comme la radiocommunication (*In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304), l’aéronautique (*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292), et la région de la Capitale nationale (*Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663), qui revêtent nettement une importance nationale. Elles cadrent mal avec la compétence provinciale. Tant par leurs rouages que par leurs conséquences pratiques, elles revêtent des dimensions nationales avant tout. Un bon nombre de ces matières sont nouvelles et manifestement d’intérêt extra-provincial. Il est donc approprié de les rattacher à la compétence législative générale du Parlement fédéral. Elles s’apparentent souvent à des questions intimement liées à la compétence fédérale. La radiocommunication (qui se rattache au pouvoir de régler les entreprises interprovinciales) en est un exemple. La question vivement contestée du contrôle des stupéfiants (cf. *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, et *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, le juge en chef Laskin) est intimement liée au droit criminel et au commerce international.

La nécessité d’effectuer de telles qualifications à l’occasion saute aux yeux. Toutefois de cette fonction nécessaire, il n’y a qu’un pas, qu’on ne saurait franchir, dirais-je en toute déférence, pour en venir à considérer un certain nombre de sphères d’activités tout à fait distinctes, dont certaines, selon les valeurs constitutionnelles acceptées, relèvent de la capacité législative fédérale, et d’autres de la capacité législative provinciale, comme une seule matière indivisible et d’intérêt national, non visée par les chefs de compétence expressément attribués par la Constitution. En conceptualisant ainsi de vastes questions sociales, économiques et politiques, on peut vraiment inventer de nouveaux chefs de compétence fédérale en vertu de la théorie des dimensions nationales et ainsi, par voie de conséquence, les soustraire à la compétence provinciale

statement made by my colleague, then Professor Le Dain, in his article, "Sir Lyman Duff and the Constitution" (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261. He states, at p. 293:

As reflected in the *Munro* case, the issue with respect to the general power, where reliance cannot be placed on the notion of emergency, is to determine what are to be considered to be single, indivisible matters of national interest and concern lying outside the specific heads of jurisdiction in sections 91 and 92. It is possible to invent such matters by applying new names to old legislative purposes. There is an increasing tendency to sum up a wide variety of legislative purposes in single, comprehensive designations. Control of inflation, environmental protection, and preservation of the national identity or independence are examples.

Professor Le Dain was there merely posing the problem; he did not attempt to answer it. It seems to me, however, that some of the examples he gives, notably the control of inflation and environmental protection, are all-pervasive, and if accepted as items falling within the general power of Parliament, would radically alter the division of legislative power in Canada. The attempt to include them in the federal general power seems to me to involve fighting on another plane the war that was lost on the economic plane in the Canadian new deal cases. My colleague Beetz J. has, in *Re: Anti-Inflation Act, supra*, fully supported this way of viewing things in rejecting the control of inflation as a proper subject for incorporation into the peace, order and good government clause under the national dimension doctrine. (His was, we saw, a dissenting judgment, but on this issue too, his views were shared by a majority of the Court.) He there revealed the fallacy of looking at inflation as a single source of federal power in the following passage, at pp. 457-58:

In my view, the incorporation of companies for objects other than provincial, the regulation and control of aeronautics and of radio, the development, conservation and improvement of the National Capital Region are

ou, à tout le moins, réduire la liberté d'action des provinces. C'est là, selon moi, ce qui découle de ce qu'a affirmé mon collègue le juge Le Dain, alors professeur, dans son article intitulé «Sir Lyman Duff and the Constitution» (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261. Il écrit, à la p. 293:

[TRADUCTION] Comme l'indique l'affaire *Munro*, la question qui se pose dans le cas de la compétence générale, lorsqu'on ne peut invoquer la notion d'urgence, est de décider ce qui doit être considéré comme une matière unique, indivisible, d'intérêt national, non visée par les chefs de compétence énumérés aux articles 91 et 92. Il est possible d'inventer de telles matières en désignant par de nouveaux noms d'anciens objectifs législatifs. On tend de plus en plus à rassembler toute une gamme d'objectifs législatifs sous une désignation unique globale. Le contrôle de l'inflation, la protection de l'environnement et la préservation de l'identité ou de l'indépendance nationales en sont des exemples.

Le professeur Le Dain s'est contenté ici d'exposer le problème; il n'a pas tenté de le résoudre. Il me semble, toutefois, que certains des exemples qu'il donne, notamment le contrôle de l'inflation et la protection de l'environnement, sont des matières qui touchent à tout et que, s'ils étaient acceptés à titre de matière relevant de la compétence générale du Parlement, ils modifieraient radicalement le partage des compétences législatives au Canada. Tenter de les inclure dans la compétence générale du Parlement fédéral, c'est, me semble-t-il porter sur un autre plan la guerre déjà perdue sur le plan économique, dans les affaires relatives au «*New Deal*» canadien. Dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, précité, mon collègue le juge Beetz a appuyé entièrement cette conception des choses en affirmant que le contrôle de l'inflation ne peut légitimement être incorporé dans la clause en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, en vertu de la théorie de la dimension nationale. (Il était, nous l'avons vu, dissident mais, sur cette question aussi, son point de vue étaient partagé par la majorité des juges de la Cour.) Il y démontre l'erreur qu'il y a à percevoir l'inflation comme une source unique de compétence fédérale, dans le passage suivant, aux pp. 457 et 458:

À mon avis, la constitution de compagnies pour des objets autres que provinciaux, la réglementation et le contrôle de l'aéronautique et de la radiocommunication, l'aménagement, la conservation et l'embellissement de la

clear instances of distinct subject matters which do not fall within any of the enumerated heads of s. 92 and which, by nature, are of national concern.

I fail to see how the authorities which so decide lend support to the first submission. They had the effect of adding by judicial process new matters or new classes of matters to the federal list of powers. However, this was done only in cases where a new matter was not an aggregate but had a degree of unity that made it indivisible, an identity which made it distinct from provincial matters and a sufficient consistence to retain the bounds of form. The scale upon which these new matters enabled Parliament to touch on provincial matters had also to be taken into consideration before they were recognized as federal matters: if an enumerated federal power designated in broad terms such as the trade and commerce power had to be construed so as not to embrace and smother provincial powers (*Parsons' case*) and destroy the equilibrium of the Constitution, the Courts must be all the more careful not to add hitherto unnamed powers of a diffuse nature to the list of federal powers.

The "containment and reduction of inflation" does not pass muster as a new subject matter. It is an aggregate of several subjects some of which form a substantial part of provincial jurisdiction. It is totally lacking in specificity. It is so pervasive that it knows no bounds. Its recognition as a federal head of power would render most provincial powers nugatory.

I should add that inflation is a very ancient phenomenon, several thousand years old, as old probably as the history of currency. The Fathers of Confederation were quite aware of it.

What was there said by Beetz J. seems to me to apply, *a fortiori*, to the control of the environment, a subject more germane to the present issue. All physical activities have some environmental impact. Possible legislative responses to such activities cover a large number of the enumerated legislative powers, federal and provincial. To allocate the broad subject-matter of environmental control to the federal government under its general power would effectively gut provincial legislative

région de la capitale nationale, sont des cas clairs de sujets distincts qui ne se rattachent à aucun des paragraphes de l'art. 92 et qui, de par leur nature, sont d'intérêt national.

^a Je ne vois pas comment les arrêts qui en ont ainsi décidé peuvent être invoqués à l'appui du premier moyen. Ces arrêts ont eu pour effet d'ajouter par voie jurisprudentielle de nouvelles matières ou de nouvelles catégories de matières à la liste des pouvoirs fédéraux spécifiques. Cependant la jurisprudence n'en a ainsi décidé que dans des cas où la nouvelle matière n'était pas un agrégat mais présentait un degré d'unité qui la rendait indivisible, une identité qui la rendait distincte des matières provinciales et une consistance suffisante pour retenir les limites d'une forme. Il fallait aussi, avant de reconnaître à ces nouvelles matières le statut de matières de compétence fédérale, tenir compte de la mesure dans laquelle elles permettraient au Parlement de toucher à des matières de compétence provinciale: si un pouvoir fédéral désigné à l'art. 91 en termes généraux, tel que le pouvoir relatif aux échanges et au commerce, doit, selon la jurisprudence, être interprété de façon à ne pas embrasser et anéantir les pouvoirs provinciaux (arrêt *Parsons*) et détruire ainsi l'équilibre de la Constitution, les tribunaux doivent à plus forte raison se garder d'ajouter des pouvoirs de nature diffuse à la liste des pouvoirs fédéraux.

^e «L'endiguement et la réduction de l'inflation» n'est pas acceptable comme nouvelle matière. C'est un agrégat de sujets divers dont certains représentent une partie importante de la compétence provinciale. C'est une matière totalement dépourvue de spécificité et dont le caractère envahissant ne connaît pas de limites; en faire l'objet d'une compétence fédérale rendrait illusoires la plupart des pouvoirs provinciaux.

^g Il est bon de rappeler également que l'inflation est un phénomène fort ancien, datant de plusieurs milliers d'années, aussi ancien probablement que la monnaie elle-même. Les Pères de la Confédération en étaient bien conscients.

^h Ces propos du juge Beetz me semblent s'appliquer à fortiori au contrôle de l'environnement, un sujet qui s'apparente davantage au présent litige. Toutes les activités physiques ont un effet quelconque sur l'environnement. Les réactions législatives possibles à ces activités visent un nombre important de pouvoirs législatifs énumérés, fédéraux et provinciaux. Attribuer ce sujet général du contrôle de l'environnement au gouvernement fédéral en vertu de sa compétence générale aurait pour effet

jurisdiction. As I mentioned before, environment protection, of course, encompasses far more than environmental pollution, which is what we are principally concerned with here. To take an example from the present context, woodwaste in some circumstances undoubtedly pollutes the environment, but the very depletion of forests itself affects the ecological balance and, as such, constitutes an environmental problem. But environmental pollution alone is itself all-pervasive. It is a by-product of everything we do. In man's relationship with his environment, waste is unavoidable. The problem is thus not new, although it is only recently that the vast amount of waste products emitted into the atmosphere or dumped in water has begun to exceed the ability of the atmosphere and water to absorb and assimilate it on a global scale. There is thus cause for concern and governments at every level have begun to deal with the many activities giving rise to problems of pollution. In Canada, both federal and provincial levels of government have extensive powers to deal with these matters. Both have enacted comprehensive and specific schemes for the control of pollution and the protection of the environment. Some environmental pollution problems are of more direct concern to the federal government, some to the provincial government. But a vast number are interrelated, and all levels of government actively co-operate to deal with problems of mutual concern; for an example of this, see the Great Lakes study in the I.J.C. Report, *op. cit.*

To allocate environmental pollution exclusively to the federal Parliament would, it seems to me, involve sacrificing the principles of federalism enshrined in the Constitution. As Professor William R. Lederman has indicated in his article, "Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 597, at p. 610, environmental pollution "is no limited subject or theme, [it] is a sweeping subject or theme virtually all-pervasive in

de dépouiller de son contenu la compétence législative provinciale. Comme je l'ai dit précédemment, la protection de l'environnement englobe évidemment beaucoup plus que la pollution de l'environnement qui constitue notre principal sujet de préoccupation en l'espèce. Pour tirer un exemple du présent contexte, il n'y a pas de doute que les résidus de bois polluent l'environnement dans certaines circonstances, mais la déforestation elle-même influe sur l'équilibre écologique et, en tant que telle, constitue un problème de l'environnement. Or la pollution de l'environnement se fait elle-même sentir partout. C'est le sous-produit de tout ce que nous faisons. Dans les rapports qu'a l'être humain avec son environnement, les déchets sont une chose inévitable. Le problème n'est donc pas nouveau, bien que ce ne soit que récemment que la vaste quantité de résidus déversés dans l'atmosphère ou dans l'eau ait commencé à excéder la capacité de l'atmosphère et de l'eau de les absorber et de les assimiler, à l'échelle planétaire. Il y a donc là un sujet de préoccupation et les gouvernements de tous paliers ont commencé à s'intéresser aux nombreuses activités qui causent la pollution. Au Canada, tant le gouvernement fédéral que ceux des provinces jouissent de pouvoirs étendus pour traiter ces problèmes. Les deux paliers de gouvernement ont adopté des programmes globaux et spécifiques de contrôle de la pollution et de protection de l'environnement. Certains problèmes de pollution de l'environnement intéressent plus directement le gouvernement fédéral, d'autres le gouvernement provincial. Mais beaucoup sont intimement liés et tous les paliers de gouvernement coopèrent activement pour régler ces problèmes d'intérêt mutuel; pour un exemple de cela, voir l'étude sur les Grands Lacs dans le rapport de la Commission mixte internationale, *op. cit.*

Faire relever la pollution environnementale exclusivement de la compétence du Parlement fédéral, ce serait, me semble-t-il, sacrifier les principes du fédéralisme enchâssés dans la Constitution. Comme le professeur William R. Lederman l'a indiqué dans son article intitulé «Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation» (1975), 53 *R. du B. can.* 597, à la p. 610, la pollution de l'environnement [TRADUCTION] «n'est pas un sujet ou un thème

its legislative implications". If, he adds, it "were to be enfranchised as a new subject of federal power by virtue of the federal general power, then provincial power and autonomy would be on the way out over the whole range of local business, industry and commerce as established to date under the existing heads of provincial powers". And I would add to the legislative subjects that would be substantially eviscerated the control of the public domain and municipal government. Indeed as Beetz J. in *Re: Anti-Inflation Act, supra*, at p. 458, stated of the proposed power over inflation, there would not be much left of the distribution of power if Parliament had exclusive jurisdiction over this subject. For similar views that the protection of environmental pollution cannot be attributed to a single head of legislative power, see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 392 and 598; Gérald A. Beaudoin, "La protection de l'environnement et ses implications en droit constitutionnel" (1977), 23 *McGill L.J.* 207.

It is true, of course, that we are not invited to create a general environmental pollution power but one restricted to ocean pollution. But it seems to me that the same considerations apply. I shall, however, attempt to look at it in terms of the qualities or attributes that are said to mark the subjects that have been held to fall within the peace, order and good government clause as being matters of national concern. Such a subject, it has been said, must be marked by a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern. In my view, ocean pollution fails to meet this test for a variety of reasons. In addition to those applicable to environmental pollution generally, the following specific difficulties may be noted. First of all, marine waters are not wholly bounded by the coast; in many areas, they extend upstream into rivers for many miles. The application of the Act appears to be restricted to waters beyond the mouths of rivers (and so intrude less on provincial powers), but this

limité, [c]'est un sujet ou un thème général dont les conséquences sur le plan législatif touchent quasiment à tout». Si, dit-il, elle [TRADUCTION] «devait être reconnue comme un nouveau chef de compétence fédérale en vertu de la compétence générale du Parlement, la compétence et l'autonomie provinciales seraient alors en voie de disparaître dans l'ensemble du domaine des entreprises, des industries et du commerce locaux, existant jusqu'à ce jour en vertu des chefs actuels de compétence provinciale». Et j'ajouterais aux matières législatives qui seraient considérablement dépouillées de leur contenu le contrôle des terres publiques et des institutions municipales. En vérité, comme le juge Beetz l'a affirmé dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, précité, à la p. 458, au sujet de la compétence revendiquée en matière d'inflation, il ne resterait pas grand-chose du partage des compétences si le Parlement avait compétence exclusive en la matière. Pour des opinions similaires portant que la protection contre la pollution de l'environnement ne saurait être rattachée à un seul chef de compétence législative, voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), aux pp. 392 et 598; Gérald A. Beaudoin, «La protection de l'environnement et ses implications en droit constitutionnel» (1977), 23 *McGill L.J.* 207.

Il est vrai naturellement qu'on nous demande de créer non pas une compétence générale en matière de pollution de l'environnement, mais une compétence limitée à la pollution du milieu marin. Mais il me semble que les mêmes considérations s'appliquent. Je vais néanmoins tenter de la considérer en fonction des qualités ou attributs dont on dit qu'ils caractérisent les sujets qui ont été jugés comme relevant de la clause en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, à titre de questions d'intérêt national. Un tel sujet, a-t-on dit, doit être caractérisé par une unicité, une particularité et une indivisibilité qui le distinguent clairement des questions d'intérêt provincial. À mon avis, la pollution du milieu marin ne satisfait pas à ce critère pour diverses raisons. Outre celles qui s'appliquent à la pollution environnementale de manière générale, les difficultés particulières suivantes peuvent être notées. En premier lieu, les eaux de la mer ne s'arrêtent pas entièrement à la côte; à de nombreux endroits, elles remontent les cours d'eau sur

is not entirely clear, and if it is so restricted, it is not clear whether this distinction is based on convenience or constitutional imperative. Apart from this, the line between salt and fresh water cannot be demarcated clearly; it is different at different depths of water, changes with the season and shifts constantly; see U.N. Report, *op. cit.*, at p. 12. In any event, it is not so much the waters, whether fresh or salt, with which we are concerned, but their pollution. And the pollution of marine water is contributed to by the vast amounts of effluents that are poured or seep into fresh waters everywhere (*id.*, at p. 13). There is a constant intermixture of waters; fresh waters flow into the sea and marine waters penetrate deeply inland at high tide only to return to the sea laden with pollutants collected during their incursion inland. Nor is the pollution of the ocean confined to pollution emanating from substances deposited in water. In important respects, the pollution of the sea results from emissions into the air, which are then transported over many miles and deposited into the sea; see *id.*, at p. 15; I.J.C. Report, *op. cit.*, at p. 22. I cannot, therefore, see ocean pollution as a sufficiently discrete subject upon which to found the kind of legislative power sought here. It is an attempt to create a federal pollution control power on unclear geographical grounds and limited to part only of the causes of ocean pollution. Such a power then simply amounts to a truncated federal pollution control power only partially effective to meet its supposed necessary purpose, unless of course one is willing to extend it to pollution emanating from fresh water and the air, when for reasons already given such an extension could completely swallow up provincial power, no link being necessary to establish the federal purpose.

des milles. L'application de la Loi paraît limitée aux eaux situées au-delà de l'embouchure des cours d'eau (et elle empiète d'autant moins sur les compétences provinciales), mais cela n'est pas tout à fait clair, et même si elle est ainsi limitée, on ne sait pas clairement si cette distinction est fondée sur des motifs de commodité ou sur des impératifs constitutionnels. Cela mis à part, la ligne de démarcation des eaux salées et des eaux douces ne peut être tracée clairement; elle varie selon la profondeur, change avec les saisons et se déplace constamment; voir le rapport des Nations unies, *op. cit.*, à la p. 12. En tout état de cause, ce sont moins les eaux, douces ou salées, qui nous intéressent que leur pollution. Et contribuent à la pollution des eaux de la mer de vastes quantités d'effluents qui se déversent ou s'infiltrent partout dans les eaux douces (*id.*, à la p. 13). Il y a un mélange constant des eaux; les eaux douces se déversent dans la mer et les eaux de la mer pénètrent profondément à l'intérieur des terres à marée haute pour revenir à la mer chargées des polluants absorbés pendant leur remontée à l'intérieur de ces terres. La pollution du milieu marin ne se limite pas non plus à la pollution émanant des substances déposées dans l'eau. À d'importants égards, la pollution de la mer résulte des émissions atmosphériques, transportées sur de nombreux milles avant de se déposer dans la mer; voir *id.*, à la p. 15; rapport de la Commission mixte internationale, *op. cit.*, à la p. 22. Je ne puis donc concevoir la pollution du milieu marin comme un sujet suffisamment distinct qui pourrait justifier le genre de compétence législative recherché en l'espèce. C'est là une tentative d'instaurer un pouvoir fédéral de contrôler la pollution sur un territoire géographique mal délimité, lequel pouvoir ne pourrait être exercé qu'à l'égard d'une partie seulement des causes de cette pollution. Un tel pouvoir équivaut donc simplement à une compétence fédérale tronquée en matière de contrôle de la pollution, qui ne s'applique qu'en partie pour répondre à son objectif présumé nécessaire, à moins bien entendu que l'on ne soit prêt à l'étendre à la pollution émanant des eaux douces et de l'atmosphère, alors que, pour les raisons déjà fournies, une telle extension pourrait englober complètement la compétence provinciale, aucun lien n'étant nécessaire pour établir l'objectif fédéral.

This leads me to another factor considered in identifying a subject as falling within the general federal power as a matter of national domain: its impact on provincial legislative power. Here, it must be remembered that in its supposed application within the province the provision virtually prevents a province from dealing with certain of its own public property without federal consent. A wide variety of activities along the coast or in the adjoining sea involves the deposit of some substances in the sea. In fact, where large cities like Vancouver are situated by the sea, this has substantial relevance to recreational, industrial and municipal concerns of all kinds. As a matter of fact, the most polluted areas of the sea adjoin the coast; see U.N. Report, *op. cit.*, at pp. 3-4. Among the major causes of this are various types of construction, such as hotels and harbours, the development of mineral resources and recreational activities (*id.*, at p. 3). These are matters of immediate concern to the province. They necessarily affect activities over which the provinces have exercised some kind of jurisdiction over the years. Whether or not the "newness" of the subject is a necessary criterion for inventing new areas of jurisdiction under the peace, order and good government clause, it is certainly a relevant consideration if it means removing from the provinces areas of jurisdiction which they previously exercised. As I mentioned, pollution, including coastal pollution, is no new phenomenon, and neither are many of the kinds of activities that result in pollution.

A further relevant matter, it is said, is the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control of intra-provincial aspects of the matter. I have some difficulty following all the implications of this, but taking it at face value, we are dealing here with a situation where, as we saw earlier, Parliament has extensive powers to deal with conditions that lead to ocean pollution wherever they occur. The difficulty with

Cela m'amène à un autre facteur pris en compte lorsqu'on dit qu'un sujet relève de la compétence générale du Parlement à titre de matière d'intérêt national: son effet sur la compétence législative provinciale. En l'espèce, il faut rappeler qu'en vertu de sa présumée application à l'intérieur de la province, la disposition interdit virtuellement à cette province de disposer à sa guise de certains de ses biens publics, sans le consentement du fédéral. Un grand nombre d'activités diverses, exercées le long de la côte ou dans la mer adjacente, comportent des déversements de substances dans la mer. En fait, lorsque des grandes villes, comme Vancouver, sont situées au bord de la mer, cela revêt une importance considérable relativement à toutes sortes de problèmes qui se posent en matière de loisirs et sur les plans industriel et municipal. En fait, les zones maritimes les plus polluées sont celles qui baignent les côtes; voir le rapport des Nations unies, *op. cit.*, aux pp. 3 et 4. Parmi les causes majeures de cet état de choses, il y a les divers genres de constructions qu'on y érige, comme les hôtels et les installations portuaires, l'exploitation des ressources minérales et les activités récréatives (*id.*, à la p. 3). Ce sont là des sujets de préoccupation immédiate pour la province. Ils touchent nécessairement à des activités sur lesquelles les provinces ont exercé une certaine forme de compétence au cours des ans. Peu importe que la «nouveau» du sujet soit ou non un critère nécessaire pour inventer de nouveaux domaines de compétence en vertu de la clause en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, il s'agit certainement là d'un facteur pertinent quand cela signifie qu'il faut enlever aux provinces des chefs de compétence qu'elles ont déjà exercés. Comme je l'ai mentionné, la pollution, y compris la pollution côtière, n'est pas un phénomène nouveau, pas plus que bien des activités qui en sont la cause.

Un autre facteur pertinent, dit-on, est l'effet sur les intérêts extra-provinciaux de l'omission d'une province de s'occuper efficacement de contrôler les aspects intraprovinciaux de la question. Il m'est quelque peu difficile d'en saisir toutes les conséquences mais, à première vue, nous avons ici affaire à une situation où, comme nous l'avons vu précédemment, le Parlement jouit de pouvoirs étendus pour remédier à des conditions qui entraî-

the impugned provision is that it seeks to deal with activities that cannot be demonstrated either to pollute or to have a reasonable potential of polluting the ocean. The prohibition applies to an inert substance regarding which there is no proof that it either moves or pollutes. The prohibition in fact would apply to the moving of rock from one area of provincial property to another. I cannot accept that the federal Parliament has such wide legislative power over local matters having local import taking place on provincially owned property. The prohibition in essence constitutes an impermissible attempt to control activities on property held to be provincial in *Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas, supra*. It may well be that the motive for enacting the provision is to prevent ocean pollution, but as Beetz J. underlines in *Re: Anti-Inflation Act, supra*, Parliament cannot do this by attempting to regulate a local industry, although it can, of course, regulate the activities of such an industry that fall within federal power, whether such activities are expressly encompassed within a specific head of power, e.g., navigation, or affect areas of federal concern, e.g., health under the criminal law power, or cause pollution to those parts of the sea under federal jurisdiction. But here the provision simply overreaches. In its terms, it encompasses activities—depositing innocuous substances into provincial waters by local undertakings on provincial lands—that fall within the exclusive legislative jurisdiction of the province.

Finally, it was argued that the provision might be read down to apply to federal waters only, but I do not think this is possible. One need only look at the broad definition of “the sea” in s. 2(2) and (3) to appreciate the comprehensive reach of the Act. Besides, it is well known that many bays and other internal bodies of waters in Canada fall within the limits of the provinces. Many of the federal inter-

nent la pollution du milieu marin partout où elles se présentent. La difficulté que pose la disposition contestée réside dans le fait qu'elle cherche à régir des activités dont on ne peut démontrer qu'elles polluent ou qu'il est raisonnable de croire qu'elles peuvent polluer l'océan. L'interdiction s'applique à une substance inerte au sujet de laquelle il n'y a aucune preuve qu'elle se déplace ou qu'elle pollue. L'interdiction, en fait, s'appliquerait au déplacement d'un rocher d'un secteur appartenant à la province à un autre. Je ne saurais accepter que le Parlement fédéral jouisse d'une compétence législative aussi large sur des matières locales, ayant des conséquences locales sur un domaine appartenant à la province. L'interdiction constitue essentiellement une tentative inacceptable de contrôler des activités sur un domaine jugé provincial dans le *Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes*, précité. Il se peut bien que le motif de l'adoption de la disposition soit la prévention de la pollution du milieu marin mais, comme le souligne le juge Beetz dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, précité, le Parlement ne peut faire cela en tentant de réglementer une industrie locale, quoiqu'il puisse, bien entendu, réglementer les activités d'une telle industrie qui relèvent de la compétence fédérale, que ces activités soient expressément visées par un chef de compétence précis comme la navigation, ou qu'elles touchent à des domaines d'intérêt fédéral, comme la santé, en vertu de la compétence en matière de droit criminel, ou causent de la pollution dans les zones maritimes qui sont du ressort fédéral. Mais ici la disposition va tout simplement trop loin. D'après ses propres termes, elle vise des activités, savoir le dépôt de substances inoffensives, dans des eaux provinciales, par des entreprises locales, sur des biens-fonds provinciaux, qui relèvent de la compétence législative exclusive de la province.

Enfin, on a soutenu que la disposition pourrait recevoir une interprétation atténuée de façon à s'appliquer aux eaux fédérales seulement, mais je ne pense pas que cela soit possible. On n'a qu'à jeter un coup d'œil à la définition générale du terme «mer» aux par. 2(2) et (3) pour constater la vaste portée de la Loi. D'ailleurs, il est bien connu qu'un bon nombre de baies et d'autres étendues

nal waters are located in the Arctic and have been expressly dealt with by the federal government.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs and reply to the constitutional question in the affirmative.

Appeal allowed, BEETZ, LAMER and LA FOREST JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver; Brian D. Gilfillan, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Odette Laverdière and Alain Gingras, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

d'eau intérieures au Canada sont situées à l'intérieur des provinces. Une grande partie des eaux intérieures fédérales sont situées dans l'Arctique et ont été expressément envisagées par le gouvernement fédéral.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens, et de répondre à la question constitutionnelle par l'affirmative.

Pourvoi accueilli, les juges BEETZ, LAMER et LA FOREST sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Davis & Company, Vancouver; Brian D. Gilfillan, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Odette Laverdière et Alain Gingras, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Tom (Asmunt) Cornell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CORNELL

File No.: 19347.

1987: February 25, 26; 1988: March 24.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Canadian Bill of Rights — Equality before the law — Criminal Code provision not proclaimed in all provinces — Whether or not non-universal application resulting in breach of equality before the law — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person and right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice — Criminal Code provision not proclaimed in all provinces — Whether or not application of Criminal Code provision in breach of s. 7 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am.

Criminal law — Mandatory roadside breath testing — Section not proclaimed in all provinces — Conviction of impaired driving in province where provision in force — Whether or not non-universal application resulting in breach of equality before the law — Whether or not application of provision in breach of s. 7 of the Charter — Whether or not provision under which conviction procured inoperative — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am. — Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, ss. 15, 102(3) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

Appellant was charged with failing or refusing to comply, without lawful excuse, with a police officer's

Tom (Asmunt) Cornell *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

^b

RÉPERTORIÉ: R. c. CORNELL

N° du greffe: 19347.

1987: 25, 26 février; 1988: 24 mars.

^c

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

^d

Droit constitutionnel — Déclaration canadienne des droits — Égalité devant la loi — Disposition du Code criminel non proclamée dans toutes les provinces — L'application non universelle constitue-t-elle une violation du droit à l'égalité devant la loi? — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b).

^e

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale — Disposition du Code criminel non proclamée dans toutes les provinces — L'application de cette disposition du Code criminel viole-t-elle l'art. 7 de la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, et mod.

^f

Droit criminel — Alcootest obligatoire pratiqué sur-le-champ — Disposition non proclamée dans toutes les provinces — Déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies dans une province où la disposition était en vigueur — L'application non universelle constitue-t-elle une violation du droit à l'égalité devant la loi? — L'application de la disposition en question viole-t-elle l'art. 7 de la Charte? — La disposition en vertu de laquelle la déclaration de culpabilité a été obtenue est-elle inopérante? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, et mod. — Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 15, 102(3) — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

^g

L'appelant a été accusé d'avoir refusé sans excuse raisonnable d'obéir à un policier qui lui avait demandé

^h

ⁱ

^j

demand for a roadside breath sample made pursuant to s. 234.1(1) of the *Criminal Code*. This section, while in force in the province where the offence had occurred, had not been proclaimed in all provinces. Before entering a plea of not guilty, appellant made a preliminary objection as to the constitutionality of s. 234.1. The judge ordered a stay of proceedings on the ground that s. 234.1 infringed both the *Canadian Bill of Rights* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and hence was inoperative. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal from this judgment, vacated the stay of proceedings and ordered a new trial. The issue here is whether the non-universal proclamation and application of the former s. 234.1 of the *Criminal Code* infringed the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* or the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be dismissed.

The fact that s. 234.1 of the *Criminal Code* was in force in Ontario but not in force in British Columbia and Quebec when the appellant was charged did not infringe the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The inequality created by the non-universal proclamation and application of s. 234.1 of the *Code* was justified by a valid federal objective.

“Equality before the law” does not require that impugned legislation be reviewed according to an exacting standard which would demand of Parliament the most carefully tailored, finely crafted legislation. Rather, the legislation should be examined in a general way to determine whether it is in pursuit of a valid federal legislative objective.

The concept of a valid federal objective clearly goes beyond legislative validity under the division of powers. There must be a federal objective that provides a reasonable justification for the particular inequality in the sense that the inequality is not clearly arbitrary or capricious but finds some legitimate basis in the particular legislative policy.

Parliament has unquestioned legislative authority under the division of powers to limit the territorial application of the criminal law. The general rule in s. 7 of the *Criminal Code* that its provisions apply throughout Canada does not preclude, as a matter of construction, an intention on the part of Parliament to authorize

en vertu du par. 234.1(1) du *Code criminel* de fournir sur-le-champ un échantillon d'haleine. Cette disposition, quoiqu'en vigueur dans la province où l'infraction avait eu lieu, n'avait pas été proclamée dans toutes les provinces. Avant de faire un plaidoyer de non culpabilité, l'appelant a soulevé une exception préliminaire alléguant l'inconstitutionnalité de l'art. 234.1. Le juge a ordonné la suspension de l'instance pour le motif que l'art. 234.1 violait à la fois la *Déclaration canadienne des droits* et la *Charte canadienne des droits et libertés* et était en conséquence inopérant. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté contre ce jugement, a annulé la suspension d'instance et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La question en litige est de savoir si le fait que l'ancien art. 234.1 du *Code criminel* n'a pas été proclamé et appliqué universellement constitue une violation du droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* ou du droit de ne subir d'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le fait que l'art. 234.1 du *Code criminel* était en vigueur en Ontario mais non en Colombie-Britannique ni au Québec lorsque l'appelant a été accusé ne constitue pas une violation du droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'inégalité résultant de la proclamation et de l'application non universelles de l'art. 234.1 du *Code* est justifiée par un objectif fédéral régulier.

«L'égalité devant la loi» n'exige pas qu'une loi contestée soit révisée en fonction d'une norme sévère qui obligerait le législateur fédéral à apporter à la rédaction législative le plus de soin et le plus de minutie possible. Au contraire, une loi doit faire l'objet d'un examen général afin de déterminer si elle vise à atteindre un objectif législatif fédéral régulier.

Il est clair que le concept d'un objectif fédéral régulier signifie davantage que le fait pour une loi de respecter le partage des pouvoirs. Il doit exister un objectif fédéral qui constitue une justification raisonnable de l'inégalité en question en ce sens que cette inégalité n'est pas manifestement arbitraire ni fantaisiste, mais repose légitimement sur la politique législative en question.

Le Parlement possède incontestablement en vertu du partage des pouvoirs la compétence législative pour limiter l'application territoriale du droit criminel. La règle générale posée par l'art. 7 du *Code criminel*, selon laquelle les dispositions de celui-ci s'appliquent partout au Canada, ne vient pas exclure, du point de vue de

the proclamation of a particular provision of the criminal law in force in some provinces but not in others.

The burden is on the person invoking s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* to show that an inequality created by federal legislation is not justified by a valid federal objective. Because of the impact that s. 234.1 would have on provincial law enforcement priorities, efficacy and allocation of resources in the operationally concurrent field of highway traffic control, it is reasonable to ascribe to Parliament, in enacting s. 102(3) of the *Criminal Law Amendment Act, 1975*, an intention that the Governor in Council should have authority to make the proclamation of s. 234.1 in a particular province dependent on the agreement of that province. This was, for the purposes of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, a valid federal objective justifying the non-universal application of s. 234.1 of the *Criminal Code*. The non-universal application of s. 234.1 accordingly did not infringe the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

To find constitutional protection for the right to equality before the law under s. 7 of the *Charter* in the present case would be contrary to the clear expression of legislative intention resulting from ss. 15 and 32(2) of the *Charter* that the constitutional protection of this right was not to take effect until April 17, 1985.

Cases Cited

Considered: *The Queen v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; **referred to:** *R. v. Rossignol*, Ontario Provincial Court, Walneck Prov. Ct. J., February 17, 1984, unreported; *R. v. Hufsky* (1984), 14 O.A.C. 1; *R. v. Speicher, Kivell and Rodney* (1983), 6 C.C.C. (3d) 262; *R. v. Hamilton* (1986), 57 O.R. (2d) 412, leave to appeal dismissed, [1987] 2 S.C.R. ix; *R. v. Frohman* (1987), 56 C.R. (3d) 130; *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(g), 15, 32(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1(1), (2), (3), (4) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 93, ss. 15, 102(3)].

l'interprétation, l'intention du Parlement d'autoriser qu'une disposition particulière de droit criminel soit proclamée dans certaines provinces mais non dans d'autres.

a Il incombe à la personne qui invoque l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* de démontrer qu'une inégalité engendrée par une loi fédérale n'est pas justifiée par un objectif fédéral régulier. En raison de l'incidence qu'aurait l'art. 234.1 sur les priorités provinciales en matière d'application de la loi, sur l'efficacité et sur l'affectation des ressources dans le domaine du contrôle de la circulation routière, où il y a partage de compétences, il est raisonnable de supposer que le Parlement, lorsqu'il a adopté le par. 102(3) de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, avait l'intention d'autoriser le gouverneur en conseil à ne proclamer l'art. 234.1 dans une province donnée qu'avec le consentement de celle-ci. Ceci constitue, aux fins de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, un objectif fédéral régulier justifiant l'application non universelle de l'art. 234.1 du *Code criminel*. L'application non universelle de l'art. 234.1 ne porte donc pas atteinte au droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

e Si en l'espèce on fondait sur l'art. 7 de la *Charte* une protection constitutionnelle du droit à l'égalité devant la loi, cela irait à l'encontre de l'intention du législateur clairement exprimée à l'art. 15 et au par. 32(2) de la *Charte*, selon lesquels la protection constitutionnelle de droit ne devait entrer en vigueur qu'à partir du 17 avril 1985.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *La Reine c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; **arrêts mentionnés:** *R. v. Rossignol*, Cour provinciale de l'Ontario, le juge Walneck, 17 février 1984, inédit; *R. v. Hufsky* (1984), 14 O.A.C. 1; *R. v. Speicher, Kivell and Rodney* (1983), 6 C.C.C. (3d) 262; *R. v. Hamilton* (1986), 57 O.R. (2d) 412, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. ix; *R. v. Frohman* (1987), 56 C.R. (3d) 130; *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11g), 15, 32(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1(1), (2), (3), (4) [adopté par S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 15, 102(3)].
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b).

Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 36.

Motor-vehicle Act, R.S.B.C. 1960, c. 253, s. 203.

Prisons and Reformatories Act, R.S.C. 1970, c. P-21.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 14 O.A.C. 2, allowing an appeal from a judgment of Walneck Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Yves L. J. Fricot, for the appellant.

Michael A. MacDonald and *Brian Gover*, for the respondent.

E. A. Bowie, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Yves de Montigny, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Joseph J. Arvay, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The question raised by this appeal is whether the non-universal proclamation and application of the former s. 234.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, respecting mandatory roadside breath testing, as a result of which s. 234.1 was not in force in the provinces of British Columbia and Quebec, infringed the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, or the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appeal is from the judgment on January 21, 1985 of the Ontario Court of Appeal (1985), 14 O.A.R. 2, allowing the Crown's appeal from the judgment on April 9, 1984 of Walneck Prov. Ct. J., who, on a charge that the appellant had failed or refused without reasonable excuse to comply with the demand of a police officer to provide forthwith a sample of breath into a roadside screening device, contrary to s. 234.1(2) of the

Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 36.

Loi sur les prisons et les maisons de correction, S.R.C. 1970, chap. P-21.

^a *Motor-vehicle Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 253, art. 203.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 14 O.A.C. 2, qui a accueilli un appel du jugement du juge Walneck de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Yves L. J. Fricot, pour l'appellant.

Michael A. MacDonald et *Brian Gover*, pour l'intimée.

^c *E. A. Bowie, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

^d *Yves de Montigny*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Joseph J. Arvay, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—Ce pourvoi soulève la question de savoir si le fait que l'ancien art. 234.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et modifications, portant sur l'alcootest obligatoire pratiqué sur-le-champ n'a pas été proclamé et appliqué universellement, de sorte qu'il n'était pas en vigueur dans les provinces de la Colombie-Britannique et du Québec, constitue une violation du droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, ou du droit de ne pas subir d'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi est formé contre l'arrêt du 21 janvier 1985 dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 14 O.A.R. 2, a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre le jugement rendu le 9 avril 1984 par le juge Walneck de la Cour provinciale qui, relativement à une accusation portant que l'appelant avait refusé sans excuse raisonnable d'obtempérer à l'ordre d'un policier de lui fournir sur-le-champ un échantillon d'haleine pour

Criminal Code, ordered a stay of proceedings on the ground that s. 234.1 was inoperative because, not having been proclaimed in force in British Columbia and Quebec, it infringed s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* and ss. 7 and 11(g) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal vacated the stay of proceedings and ordered a new trial of the appellant.

I

The appellant was charged in an information that he "on or about the 18th day of December 1983 at the City of Thunder Bay in the said District of Thunder Bay, without reasonable excuse failed or refused to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) of Section 234.1 of the *Criminal Code*, in the circumstances therein mentioned to provide forthwith such sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken, contrary to Section 234.1(2) of the *Criminal Code* of Canada." On April 9, 1984, the Crown having elected to proceed by indictment, the appellant was arraigned before Walneck Prov. Ct. J. The appellant elected to be tried by the provincial court judge but before pleading not guilty he made a preliminary objection. He invoked the judgment of Walneck Prov. Ct. J. in the earlier case of *R. v. Rossignol* (February 17, 1984, unreported) which had ordered a stay of proceedings on the ground that s. 234.1 was inoperative because its non-universal proclamation and application infringed s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* and ss. 7 and 11(g) of the *Charter*. In ordering a stay of proceedings on the charge against the appellant Walneck Prov. Ct. J. applied his decision in *Rossignol*, in which he had expressed the view that a law which made certain conduct a criminal offence in some provinces but not in others offended the principle of equality before the law.

fins d'analyse au moyen d'un alcootest, contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*, avait ordonné la suspension de l'instance pour le motif que l'art. 234.1 était inopérant parce que, n'ayant été proclamé ni en Colombie-Britannique ni au Québec, il contrevenait à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* ainsi qu'à l'art. 7 et à l'al. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a annulé la suspension d'instance et ordonné que l'appellant subisse un nouveau procès.

I

D'après la dénonciation, l'appelant est accusé d'avoir [TRADUCTION] «le 18 décembre 1983 ou vers cette date, à Thunder Bay dans ledit district de Thunder Bay, refusé sans excuse raisonnable d'obtempérer à l'ordre que lui avait donné un agent de la paix, en vertu du par. 234.1(1) du *Code criminel*, dans les circonstances y mentionnées, de lui fournir sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estimait nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcootest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon, contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel* du Canada». Le 9 avril 1984, à la suite de la décision du ministère public de procéder par voie de mise en accusation, l'appelant a été interpellé devant le juge Walneck. Il a choisi d'être jugé par le juge de la Cour provinciale mais, avant de plaider non coupable, il a soulevé une exception préliminaire. L'appelant a en effet invoqué une décision antérieure, *R. v. Rossignol* (17 février 1984, inédite), dans laquelle le juge Walneck avait ordonné la suspension de l'instance pour le motif que l'art. 234.1 était inopérant parce que sa proclamation et son application non universelles le faisaient aller à l'encontre de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* ainsi que de l'art. 7 et de l'al. 11g) de la *Charte*. En ordonnant la suspension de l'instance relative à l'accusation portée contre l'appelant, le juge Walneck a appliqué la décision qu'il avait rendue dans l'affaire *Rossignol*, où il avait exprimé l'avis qu'une loi suivant laquelle une conduite donnée constituait une infraction criminelle dans certaines provinces mais non dans d'autres contrevenait au principe de l'égalité devant la loi.

The Ontario Court of Appeal (Martin, Lacourcière and Finlayson J.J.A.) allowed the appeal from this judgment for the following reasons in the endorsement of Martin J.A.:

We agree with the Crown's submission that *R. v. Hufsky*, decided by this Court on September 18, 1984, is conclusive that s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* does not render s. 234.1 inoperative because it has not been proclaimed in force in the Provinces of British Columbia and Quebec.

We are also of the view that s. 11(g) of the *Charter* has no application.

With respect to s. 7 of the *Charter*, without attempting to define the ambit of the right protected by that section, we are all of the opinion that the failure to proclaim s. 234.1 in force in all the provinces of Canada at the same time did not contravene the respondent's right not to be deprived of "life, liberty and security of the person" except in accordance with the "principles of fundamental justice".

We express no opinion with respect to the effect of s. 15 of the *Charter*, when it comes into force, on the failure of the Executive to proclaim s. 234.1 to be in force in the provinces of British Columbia and Quebec.

Accordingly, the appeal is allowed, the stay is vacated and a new trial is ordered on the information.

In *R. v. Hufsky* (1984), 14 O.A.C. 1, which was also appealed to this Court and argued at the same time as this appeal, the contention that the non-universal proclamation and application of s. 234.1 of the *Criminal Code* infringed s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* was rejected by the Ontario Court of Appeal (Howland C.J.O., Martin and Blair J.J.A.) for the following reasons in the endorsement of Howland C.J.O.:

Counsel for the appellant raised three grounds of appeal:—

1. His first contention was that s. 234.1 of the *Criminal Code* . . . was inoperative because it had not been proclaimed in British Columbia or Quebec and so infringed the right of the appellant to equality before the law in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

La Cour d'appel de l'Ontario, composée des juges Martin, Lacourcière et Finlayson, a accueilli l'appel formé contre ce jugement. L'arrêt de la Cour d'appel est ainsi motivé par le juge Martin:

^a [TRADUCTION] Nous retenons l'argument du ministère public selon lequel l'arrêt *R. v. Hufsky*, rendu par cette Cour le 18 septembre 1984, établit d'une manière concluante que l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* n'a pas pour effet de rendre l'art. 234.1 inopérant parce qu'il n'a pas été proclamé dans les provinces de la Colombie-Britannique et du Québec.

Nous estimons en outre que l'al. 11g) de la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce.

^c En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, sans tenter de préciser la portée du droit qu'il protège, nous sommes unanimes à croire que l'omission de mettre l'art. 234.1 en vigueur simultanément dans toutes les provinces du Canada ne viole pas le droit de l'intimé de ne subir d'atteinte «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» qu'en conformité avec les «principes de justice fondamentale».

^e Nous nous abstenons de nous prononcer sur l'effet que l'art. 15 de la *Charte*, une fois entré en vigueur, aura sur l'omission du pouvoir exécutif de mettre l'art. 234.1 en vigueur dans les provinces de la Colombie-Britannique et du Québec.

^f Par conséquent, l'appel est accueilli, la suspension d'instance est annulée et la tenue d'un nouveau procès relativement à la dénonciation est ordonnée.

^g Dans l'arrêt *R. v. Hufsky* (1984), 14 O.A.C. 1, qui a également fait l'objet d'un pourvoi devant cette Cour et qui a été entendu en même temps que le présent pourvoi, la Cour d'appel de l'Ontario, composée du juge en chef Howland et des juges Martin et Blair, a écarté, pour les motifs suivants énoncés par le juge en chef Howland, l'argument selon lequel la proclamation et l'application non universelles de l'art. 234.1 du *Code criminel* allait à l'encontre de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*:

ⁱ [TRADUCTION] L'avocat de l'appellant a soulevé trois moyens d'appel:—

^j 1. Il a fait valoir en premier lieu que l'art. 234.1 du *Code criminel* [. . .] était inopérant parce qu'il n'avait pas été proclamé en Colombie-Britannique ni au Québec et portait en conséquence atteinte au droit de l'appellant à l'égalité devant la loi, reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

We are unable to accept this submission. We consider that the reasoning of this Court in *R. v. Negridge* (1980), 6 M.V.R. 255, 17 C.R. (3d) 14, 54 C.C.C. (2d) 304 (Ont. C.A.), is conclusive on this point.

In *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, the relevant issue was whether s. 234(1) of the *Criminal Code*, respecting the offence of impaired driving, was inoperative as infringing s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* because s. 234(2), providing for discharge on condition of submission to curative treatment, had not been proclaimed in force in Ontario. The Ontario Court of Appeal (Martin, Houlden and Morden J.J.A.) answered this question in the negative. Martin J.A., delivering the judgment of the Court, said at pp. 307-8:

Manifestly, the purpose of s. 234(2) is to enable the Court, in appropriate cases, to choose a disposition the aim of which is curative rather than punitive. It is equally evident that Parliament contemplated that the necessary treatment facilities and staff would be provided by the Provinces. It is, therefore, entirely reasonable for Parliament to postpone the coming into force of s. 234(2) in a Province until that Province has made the necessary arrangements to provide appropriate facilities and staff for the treatment envisaged by its provisions.

Legislation enacted by the Parliament of Canada does not infringe s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* by reason of the fact that it does not apply to all areas of Canada, where Parliament in enacting the legislation was seeking to achieve a valid federal objective: see *R. v. Burnshine* (1974), 15 C.C.C. (2d) 505 at pp. 510 and 513, 44 D.L.R. (3d) 584, [1975] 1 S.C.R. 693 at pp. 701 and 705.

The onus is upon the appellant to show that in providing that the provisions of s. 234(2) shall come into force in a Province only where it is proclaimed in force in that Province, Parliament was not seeking to achieve a valid federal objective: see *R. v. Burnshine*, *supra*, at p. 515 C.C.C., pp. 707-8 S.C.R. The appellant has failed to discharge that onus. I would grant leave to appeal but dismiss the appeal against conviction.

The issues with respect to s. 7 of the *Charter* are the subject of the first and second constitutional

Nous ne pouvons accepter cet argument. À notre avis, le raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *R. v. Negridge* (1980), 6 M.V.R. 255, 17 C.R. (3d) 14, 54 C.C.C. (2d) 304 (C.A. Ont.), est concluant sur ce point.

^a Dans l'affaire *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, la question en litige était de savoir si le par. 234(1) du *Code criminel*, concernant l'infraction de conduite avec facultés affaiblies, était inopérant en ce qu'il violait l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* du fait que le par. 234(2), qui prévoyait la libération assortie de la condition qu'on se soumette à une cure de désintoxication, n'avait pas été mis en vigueur en Ontario. La Cour d'appel de l'Ontario, composée des juges Martin, Houlden et Morden, a répondu à cette question par la négative. Le juge Martin, en prononçant l'arrêt de la Cour, a dit, aux pp. 307 et 308:

^d [TRADUCTION] De toute évidence, le par. 234(2) a pour objet de permettre à la Cour, le cas échéant, de choisir d'appliquer une disposition à but curatif plutôt que punitif. Il est tout aussi évident que le Parlement envisageait que les provinces fourniraient les installations de traitement et le personnel nécessaires. Il est donc parfaitement raisonnable que le Parlement diffère l'entrée en vigueur du par. 234(2) dans une province jusqu'à ce qu'elle ait pris les mesures nécessaires pour se doter des installations et du personnel appropriés au traitement envisagé par les dispositions de ce paragraphe.

^e Une disposition législative adoptée par le Parlement du Canada ne viole pas l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'elle ne s'applique pas à toutes les régions du Canada, si le Parlement, en l'adoptant, a visé à atteindre un objectif fédéral régulier: voir l'arrêt *R. v. Burnshine* (1974), 15 C.C.C. (2d) 505, aux pp. 510 et 513, 44 D.L.R. (3d) 584, [1975] 1 R.C.S. 693, aux pp. 701 et 705.

^f Il incombe à l'appellant de démontrer qu'en prévoyant que le par. 234(2) n'entrera en vigueur dans une province qu'après sa proclamation dans cette province, le Parlement ne visait pas un objectif fédéral régulier: voir l'arrêt *R. v. Burnshine*, précité, à la p. 515 C.C.C., aux pp. 707 et 708 R.C.S. En l'espèce, l'appellant n'a pas fait cette preuve. Je suis donc d'avis d'accorder l'autorisation d'en appeler, mais je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité.

^g Les points touchant l'art. 7 de la *Charte* font l'objet de la première et de la deuxième questions

questions stated by the Chief Justice in his order of November 20, 1986, as follows:

1. Does the non-universal proclamation and application of s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a
2. If the non-universal proclamation and application of s. 234.1 infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 234.1 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^b

Before the hearing of the appeal the appellant abandoned the issues based on s. 15 of the *Charter* for which the third, fourth and fifth constitutional questions had been stated by the Chief Justice. Nor was s. 11(g) of the *Charter* relied on in this Court.

II

The former s. 234.1 of the *Criminal Code* provided for mandatory roadside breath testing as follows:

234.1 (1) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken. ^f

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable ^g

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both; ⁱ

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months. ^j

constitutionnelles formulées par le Juge en chef dans son ordonnance du 20 novembre 1986:

1. La proclamation et l'application non universelles de l'art. 234.1 du *Code criminel* du Canada portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la proclamation et l'application non universelles de l'art. 234.1 portent atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'art. 234.1 est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

^c Avant que le pourvoi ne soit entendu, l'appelant a abandonné les moyens fondés sur l'art. 15 de la *Charte*, sur lesquels portaient les troisième, quatrième et cinquième questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef. On n'a pas invoqué ^d non plus l'al. 11g) de la *Charte* en cette Cour.

II

L'ancien art. 234.1 du *Code criminel* prévoyant ^e l'alcootest obligatoire pratiqué sur-le-champ disposait:

234.1 (1) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcootest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, refuse de donner l'échantillon prévu au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et est passible

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

(3) In proceedings under this section, where it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be deemed to have had the care or control of the vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion.

(4) In this section, "approved road-side screening device" means a device of a kind that is designed to ascertain the presence of alcohol in the blood of a person and that is approved for the purpose of this section by order of the Attorney General of Canada.

Section 234.1 was enacted by s. 15 of the *Criminal Law Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 93, which was assented to on March 30, 1976. Section 102(3) of that Act provided that s. 15 thereof should come into force by proclamation as follows:

(3) The provisions of this Act set out in any following paragraph of this subsection, namely,

- (a) section 15,
- (b) subsection 14(2) and 17(2), or
- (c) sections 89 to 94,

shall come into force in any province only upon a day fixed in a proclamation declaring the provisions of this Act set out in that paragraph to be in force in that province.

Section 234.1 was proclaimed in force in Ontario and Alberta on September 15, 1976, in Nova Scotia, New Brunswick, Newfoundland, the Northwest Territories and the Yukon Territory on November 1, 1976, in Manitoba on December 8, 1976, in Saskatchewan on January 1, 1977 and in Prince Edward Island on March 1, 1978. (SI/76-110, *Canada Gazette*, 13 October, 1976, pp. 2778-79; SI/76-148, *Canada Gazette*, 8 December, 1976, pp. 3268-69; SI/76-174, *Canada Gazette*, 22 December, 1976, pp. 3424-25; SI/77-7, *Canada Gazette*, 12 January, 1977, pp. 161-62; and SI/78-34, *Canada Gazette*, 22 March, 1978, pp. 1061-62.) Section 234.1 had not been proclaimed in force in the provinces of British Columbia and Quebec when it was repealed by s. 36 of the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, which was assented to on June 20, 1985, and replaced by a new s. 238 of the *Code*, s. 238(2) of which corresponds to the former s. 234.1(1). Pursuant to s. 212(2) of the amending Act of 1985,

(3) Pour l'application du présent article, le prévenu est réputé avoir la garde ou le contrôle du véhicule à moteur lorsqu'il est prouvé qu'il occupait le siège habituel du conducteur, à moins d'établir qu'il n'a pas pris place à bord du véhicule dans l'intention de le faire démarrer.

(4) Au présent article, «alcooltest approuvé» désigne un instrument d'un genre conçu pour procéder à l'analyse chimique d'un échantillon de l'haleine d'une personne afin d'établir son taux d'alcoolémie et approuvé pour l'application du présent article par ordonnance du procureur général du Canada.

L'article 234.1 a été adopté par l'art. 15 de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, chap. 93, sanctionnée le 30 mars 1976. Aux termes du par. 102(3) de cette loi, son art. 15 devait entrer en vigueur par proclamation. Le paragraphe 102(3) est ainsi conçu:

(3) Les dispositions de l'un des alinéas du présent paragraphe, à savoir:

- a) article 15,
- b) paragraphes 14(2) et 17(2), ou
- c) articles 89 à 94

n'entrent en vigueur dans une province qu'à une date fixée par proclamation à cet effet.

L'article 234.1 a été proclamé en Ontario et en Alberta le 15 septembre 1976, en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve, dans les Territoires du Nord-Ouest et dans le Territoire du Yukon le 1^{er} novembre 1976, au Manitoba le 8 décembre 1976, en Saskatchewan le 1^{er} janvier 1977 et dans l'Île-du-Prince-Édouard le 1^{er} mars 1978. (TR/76-110, *Gazette du Canada*, 13 octobre 1976, pp. 2778 et 2779; TR/76-148, *Gazette du Canada*, 8 décembre 1976, pp. 3268 et 3269; TR/76-174, *Gazette du Canada*, 22 décembre 1976, pp. 3424 et 3425; TR/77-7, *Gazette du Canada*, 12 janvier 1977, pp. 161 et 162; et TR/78-34, *Gazette du Canada*, 22 mars 1978, pp. 1061 et 1062.) L'article 234.1 n'avait pas été proclamé dans les provinces de la Colombie-Britannique et du Québec lorsqu'il a été abrogé par l'art. 36 de la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, sanctionnée le 20 juin 1985, et remplacé par un nouvel art. 238 du *Code*, dont le par. (2) correspond à l'ancien par.

which provides that s. 238(2) of the *Code* "shall come into force in any province on a day or days to be fixed by proclamation with respect to that province", s. 238(2) was proclaimed in force in each of the provinces on December 4, 1985 (SI/85-211, *Canada Gazette*, 11 December, 1985, pp. 4873-75).

III

The first issue in the appeal is whether the fact that s. 234.1 of the *Criminal Code* was in force in Ontario but not in force in British Columbia and Quebec more than seven years after its enactment, when the appellant was charged in December 1983, infringed the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, which provides:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

In this appeal and in the *Hufsky* appeal, which was argued at the same time, the appellants contended that the inequality created by the non-universal proclamation and application of s. 234.1 of the *Code* was not justified by a valid federal objective, as that concept appears to have been applied by a majority in this Court in *The Queen v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693, and subsequent decisions, but they also placed particular reliance on the meaning that was given to that concept by McIntyre J. in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370. In that case, after expressing the view that a valid federal objective must be one that not only falls within federal legislative competence under the division of powers but is also valid in the sense that it does not infringe the *Canadian Bill of Rights*, McIntyre J. said, at p. 406, that the test for determining whether there has been such an infringement is whether the inequality created by the challenged legislation is "arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based

234.1(1). Conformément au par. 212(2) de la Loi modificative de 1985, qui porte que le par. 238(2) du *Code* «entre [...] en vigueur dans une province à la date ou aux dates fixées par proclamation dans celle-ci», ce paragraphe a été proclamé dans chacune des provinces le 4 décembre 1985 (TR/85-211, *Gazette du Canada*, 11 décembre 1985, pp. 4873 à 4875).

III

La première question qui se pose en l'espèce est de savoir si le fait que l'art. 234.1 du *Code criminel* était en vigueur en Ontario mais non en Colombie-Britannique ni au Québec plus de sept ans après son adoption quand l'appelant a été accusé en décembre 1983, constitue une violation du droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, dont voici le texte:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

Dans le présent pourvoi et dans le pourvoi formé dans l'affaire *Hufsky*, qui a été plaidée en même temps, les appelants ont fait valoir que l'inégalité résultant de la proclamation et de l'application non universelles de l'art. 234.1 du *Code* n'était pas justifiée par un objectif fédéral régulier au sens où ce concept semble avoir été appliqué par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *La Reine c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693, et dans des arrêts subséquents. Ils se sont appuyés tout particulièrement cependant sur le sens qui a été donné à ce concept par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370. Dans cette affaire, après avoir exprimé l'avis que, pour être régulier, un objectif fédéral doit non seulement relever de la compétence législative fédérale résultant du partage des pouvoirs, mais aussi ne pas violer la *Déclaration canadienne des droits*, le juge McIntyre dit, à la p. 406, que le critère à appliquer pour déterminer s'il y a eu une telle violation consiste à se demander si l'inégalité créée par la loi

and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable objective." To essentially the same effect he expressed the test at p. 407 as being "whether any inequality has been created for a valid federal constitutional objective, whether it has been created rationally in the sense that it is not arbitrary or capricious and not based upon any ulterior motive or motives offensive to the provisions of the *Canadian Bill of Rights*, and whether it is a necessary departure from the general principle of universal application of the law for the attainment of some necessary and desirable social objective." McIntyre J. further emphasized the requirement that a departure from the principle of equality must be necessary for the realization of the legislative objective as follows, at p. 408: "It must not however be forgotten that, since the principle of equality before the law is to be maintained, departures should be countenanced only where necessary for the attainment of desirable social objectives, and then only to the extent necessary in the circumstances to make possible the attainment of such objectives."

On the other hand, the respondent in this appeal and in the *Hufsky* appeal, as well as the supporting interveners, relied on what was said concerning the valid federal objective test by Dickson C.J., speaking for the majority, in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, where, after reviewing the jurisprudence of the Court with respect to s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, the Chief Justice, with whom Estey and Lamer JJ. concurred, said at p. 90:

This short history of "equality before the law" under s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* demonstrates that a majority of the Court was never prepared to review impugned legislation according to an exacting standard which would demand of Parliament the most carefully tailored, finely crafted legislation. On the contrary, a majority of the Court was consistently prepared to look in a general way to whether the legislation was in pursuit of a valid federal legislative objective. This approach was followed in cases involving legislative distinctions on the basis of race, sex and age, and in

contestée est «arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable». Essentiellement dans le même sens, il formule à la p. 407, le critère comme étant la question de savoir «si l'on a créé l'inégalité en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral constitutionnel et régulier, si elle a été créée rationnellement en ce sens qu'elle n'est ni arbitraire ni fantaisiste et ne tire son origine d'aucun motif inavoué ou contraire aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, et s'il s'agit d'une dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi dans la recherche d'un objectif social nécessaire et souhaitable». Le juge McIntyre a souligné en outre qu'une dérogation au principe de l'égalité doit être nécessaire pour la réalisation de l'objectif visé par le législateur. Il dit en effet, à la p. 408: «Il ne faut cependant pas oublier que, puisqu'on doit respecter le principe de l'égalité devant la loi, on ne peut y déroger que lorsque cela est nécessaire pour accomplir des objectifs socialement souhaitables et, dans ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour y parvenir dans les circonstances.»

Par ailleurs, l'intimée en l'espèce et dans l'affaire *Hufsky*, ainsi que les intervenants qui l'appuient, a invoqué la déclaration relative au critère de l'objectif fédéral régulier énoncé dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, où le juge en chef Dickson, parlant au nom de la majorité, passe en revue la jurisprudence de cette Cour portant sur l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, puis exprime à la p. 90 l'opinion suivante, à laquelle ont souscrit les juges Estey et Lamer:

Il se dégage de ce bref historique du droit à «l'égalité devant la loi» reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* que la majorité en cette Cour ne s'est jamais montrée disposée à réviser une loi contestée en fonction d'une norme sévère qui exigerait du législateur fédéral qu'il apporte à la rédaction législative le plus de soin et le plus de minutie possible. Au contraire, la majorité a été toujours prête à se demander si, de façon générale, la loi visait à atteindre un objectif législatif fédéral régulier ou valable. Cette attitude a été adoptée dans des affaires où il était question de distinc-

cases involving profoundly important interests of the person asserting the equality right. The passages which I have quoted from these cases indicate that the Court was concerned with the merely statutory status of the *Canadian Bill of Rights* and the declaratory nature of the rights it conferred. I believe the day has passed when it might have been appropriate to re-evaluate those concerns and to reassess the direction this Court has taken in interpreting that document.

The Chief Justice did not refer to the test formulated by McIntyre J. in *MacKay*, which was the one applied by the minority in *Beauregard*. Beetz J., dissenting, with whom McIntyre J. concurred, after quoting at length from the reasons of McIntyre J. in *MacKay* and stating that he adopted them, summed up the test in terms which emphasized the requirement of necessity, as indicated in the following passages from his reasons for judgment, at pp. 116 and 117:

The test which is emphasized throughout those reasons is that of the necessity of a specific discrimination with respect to the attainment of a desirable social objective

Furthermore, the test is all the more exacting in that it includes an essential element of proportionality; even where variation from the principle of universal application of the law is justified, the principle cannot be tampered with to a degree or to an extent which goes beyond what is necessary to reach a desirable social objective

The conclusion that must be drawn from *Beauregard*, with great respect, is that the test formulated by McIntyre J. in *MacKay*—at least that part of it which requires that the departure from the principle of equality be necessary to the attainment of the legislative purpose—has not been adopted by a majority in this Court as the test for the application of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, and that, as held by the majority in *Beauregard*, it is too late to do so now.

The concept of a valid federal objective, as applied by the majority in this Court, clearly goes beyond legislative validity under the division of powers, but it has not been given more definition

tions législatives fondées sur la race, le sexe et l'âge, ainsi que dans des affaires mettant en cause des intérêts extrêmement importants de la personne invoquant le droit à l'égalité. Les extraits de ces arrêts, que j'ai cités, révèlent que la Cour s'est préoccupée du statut de simple texte législatif de la *Déclaration canadienne des droits* et de la nature déclaratoire des droits qu'elle confère. Or, je crois que le temps est révolu où il aurait pu convenir de procéder à une réévaluation de ces préoccupations et de l'orientation que la Cour a adoptée dans l'interprétation de ce document.

Le Juge en chef n'a pas fait mention du critère énoncé par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay*, qui est celui qu'a appliqué la minorité dans l'arrêt *Beauregard*. Le juge Beetz, dissident, à l'avis duquel le juge McIntyre s'est rangé, après avoir cité longuement les motifs rédigés par le juge McIntyre dans l'affaire *MacKay* et avoir signalé qu'il les adoptait, a résumé le critère en des termes qui insistaient sur l'exigence de la nécessité, comme cela se dégage des passages suivants qui figurent aux pp. 116 et 117 de ses motifs:

Le critère qui ressort de ces motifs veut que la nécessité d'établir une distinction précise soit en vue d'atteindre un objectif social souhaitable . . .

En outre, le critère est d'autant plus exigeant qu'il comprend un élément essentiel de proportionnalité; même lorsque la dérogation au principe de l'application universelle de la loi est justifiée, on ne peut déroger au principe plus que ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social souhaitable . . .

Avec égards, la conclusion à tirer de l'arrêt *Beauregard* est que le critère formulé par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay*, du moins dans la mesure où il exige que la dérogation au principe de l'égalité soit nécessaire pour atteindre l'objectif visé par le législateur, n'a pas été adopté par la majorité en cette Cour comme moyen de déterminer l'applicabilité de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, et que, comme l'a conclu la majorité dans l'affaire *Beauregard*, il est trop tard de le faire.

Il est clair que le concept de l'objectif fédéral régulier, tel qu'il a été appliqué par la majorité en cette Cour, signifie davantage que le fait pour une loi de respecter le partage des pouvoirs, mais il n'a

in the cases than that which is reflected in the passage quoted above from the judgment of the Chief Justice in *Beauregard*. I think the most that is implicit in the cases is that there must be a federal objective that provides a reasonable justification for the particular inequality in the sense that the inequality is not clearly arbitrary or capricious but finds some legitimate basis in the particular legislative policy. To that extent there may be some common ground between the majority approach to the valid federal objective test and that of McIntyre J. in *MacKay*.

The valid federal objective justifying a territorial limitation of the application of the criminal law that is implicit in *Burnshine* and *Negrige* is a criminal law purpose requiring special facilities for its implementation. Thus in *Burnshine*, which involved the validity or operative effect of a provision of the *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1970, c. P-21, empowering the courts in British Columbia to sentence a person apparently under the age of twenty-two years to a combination of determinate and indeterminate terms of imprisonment in particular penal institutions that could exceed the maximum term of imprisonment fixed by the *Criminal Code* for the offence of which the person was convicted, Martland J., delivering the judgment of the majority, said of the legislative purpose in that case, at p. 707: "It was made applicable in British Columbia because that Province was equipped with the necessary institutions and staff for that purpose." Similarly, in *Negrige*, in the passage I have quoted above, Martin J.A. said: "It is, therefore, entirely reasonable for Parliament to postpone the coming into force of s. 234(2) in a Province until that Province has made the necessary arrangements to provide appropriate facilities and staff for the treatment envisaged by its provisions." The provision for selective proclamation of s. 234.1 of the *Code* on a province by province basis might originally have been justified on a similar basis, as intended to permit the provinces time to acquire the equipment for roadside testing and to train personnel in the use of it. It was conceded, however, by the Attorney General of British Columbia that the failure to proclaim s.

pas reçu dans la jurisprudence de définition plus précise que celle qui se dégage du passage déjà cité, tiré des motifs du Juge en chef dans l'affaire *Beauregard*. Pour ma part, j'estime que, tout au plus, il est implicite dans la jurisprudence qu'il doit exister un objectif fédéral qui constitue une justification raisonnable de l'inégalité en question, en ce sens que cette inégalité n'est pas manifestement arbitraire ni fantaisiste mais repose légitimement sur la politique législative en question. C'est peut-être là ce qu'ont en commun la façon dont la majorité a abordé le critère de l'objectif fédéral régulier et celle adoptée par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay*.

Il ressort implicitement des arrêts *Burnshine* et *Negrige* que l'objectif fédéral régulier, justifiant qu'une limitation territoriale soit imposée à l'application du droit criminel, est celui qui relève du droit criminel et nécessite pour sa mise en œuvre l'existence d'installations spéciales. Dans l'affaire *Burnshine* il était question de la validité ou de l'effet pratique d'une disposition de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, S.R.C. 1970, chap. P-21, qui habilitait les tribunaux de la Colombie-Britannique à condamner une personne âgée en apparence de moins de vingt-deux ans à une peine d'emprisonnement pour des périodes consécutives d'une durée déterminée et d'une durée indéterminée dans des établissements carcéraux nommés, laquelle peine pouvait dépasser la peine maximale d'emprisonnement établie par le *Code criminel* pour l'infraction dont la personne avait été reconnue coupable. Le juge Martland, parlant au nom de la majorité, a dit, à la p. 707, au sujet du but législatif visé dans cette affaire: «L'article a été fait applicable en Colombie-Britannique parce que cette province était pourvue des institutions et du personnel requis à cette fin.» De même, dans l'arrêt *Negrige*, dans le passage que j'ai déjà reproduit, le juge Martin a dit: «Il est donc parfaitement raisonnable que le Parlement diffère l'entrée en vigueur du par. 234(2) dans une province jusqu'à ce qu'elle ait pris les mesures nécessaires pour se doter des installations et du personnel appropriés au traitement envisagé par les dispositions de ce paragraphe.» La disposition prévoyant que l'art. 234.1 du *Code* serait proclamé sélectivement province par province pouvait peut-être à

234.1 in force in the provinces of British Columbia and Quebec after an elapse of more than seven years from the date of its enactment could not be justified on this basis.

The Attorney General of British Columbia and the respondent, who adopted his submissions on this issue, advanced a somewhat different federal objective in justification of the non-universal proclamation and application of s. 234.1. It was submitted that because of the impact of s. 234.1 on provincial law enforcement priorities and allocation of resources in the operationally concurrent or overlapping field of highway traffic control, it was reasonable to ascribe to Parliament, in enacting s. 102(3) of the *Criminal Law Amendment Act, 1975*, an intention that the Governor in Council should have authority to make the proclamation of s. 234.1 in a particular province dependent on the agreement of that province.

The Attorney General of British Columbia submitted with leave of the Court an affidavit which showed that British Columbia did not agree to the proclamation of s. 234.1 because the province preferred to pursue its own program for the detection and deterrence of impaired driving, which included a provision in s. 203 of the *Motor-vehicle Act, R.S.B.C. 1960, c. 253*, for roadside licence suspension. In the reply to the federal inquiry as to when the province wished s. 15 of the *Criminal Law Amendment Act, 1975*, which enacted s. 234.1, to be proclaimed in force in British Columbia, it was said: "With regard to section 15, we do not wish to have this section proclaimed in force in this Province. With section 203 of our Motor Vehicle Act presently extant, we feel that this is not a necessary technical aid which would be of any great assistance to us as things presently stand." The affidavit sets out statistics concerning the inci-

l'origine se justifier de la même manière, c'est-à-dire par le fait qu'elle était destinée à donner aux provinces le temps de se munir de l'équipement nécessaire pour pratiquer les alcootests prévus et de former des gens à son utilisation. Le procureur général de la Colombie-Britannique a toutefois concédé que, étant donné que plus de sept ans se sont écoulés depuis la date de l'adoption de l'art. 234.1, on ne saurait invoquer cet argument pour justifier sa non-proclamation dans les provinces de la Colombie-Britannique et du Québec.

Le procureur général de la Colombie-Britannique et l'intimée, qui a adopté ses arguments sur ce point, ont avancé en guise de justification de la proclamation et de l'application non universelles de l'art. 234.1 un objectif fédéral quelque peu différent. Ils font valoir en effet qu'en raison de l'incidence de l'art. 234.1 sur les priorités provinciales en matière d'application de la loi et d'affectation des ressources dans le domaine du contrôle de la circulation routière, où il y a partage ou chevauchement de compétences, il était raisonnable de supposer que le Parlement, lorsqu'il a adopté le par. 102(3) de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, avait l'intention d'autoriser le gouverneur en conseil à ne proclamer l'art. 234.1 dans une province donnée qu'avec le consentement de celle-ci.

Avec l'autorisation de la Cour, le procureur général de la Colombie-Britannique a déposé un affidavit d'où il se dégage que cette province n'a pas consenti à la proclamation de l'art. 234.1 parce qu'elle préférerait poursuivre son propre programme de dépistage et de dissuasion en matière de conduite avec facultés affaiblies, programme dans le cadre duquel s'inscrivait une disposition de l'art. 203 de la *Motor-vehicle Act, R.S.B.C. 1960, chap. 253*, prévoyant la suspension immédiate du permis de conduire. Quand le fédéral a demandé à quel moment la province voulait qu'entre en vigueur en Colombie-Britannique l'art. 15 de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, par lequel a été adopté l'art. 234.1, on a répondu: [TRADUCTION] «En ce qui concerne l'art. 15, nous ne désirons pas que cet article soit proclamé en vigueur dans cette province. Étant donné l'art. 203 de notre Motor Vehicle Act, nous croyons qu'il ne s'agit pas là d'un

dence and consequences, in accident, injury and public expense, of impaired driving in British Columbia, as well as the effects of the provincial "Counterattack Program" designed to reduce it, and tends to support the submission of the Attorney General of British Columbia that the question whether s. 234.1 should be proclaimed in force in British Columbia was viewed as one of law enforcement priorities, efficacy and allocation of resources. In supporting the submission of the Attorney General of British Columbia concerning the valid federal objective justifying the non-universal proclamation and application of s. 234.1, the Attorney General of Ontario said: "The selective proclamation of section 234.1 recognized a lack of consensus as to whether the road-side breath testing provisions would provide for the most effective allocation of resources in the effort to reduce the incidence of drunk driving" and that "in providing for the selective proclamation of s. 234.1, Parliament's objective was to obtain the consent and cooperation of the provinces and to preserve the legitimate provincial interest in experimenting in order to find the most effective means to reduce the incidence of impaired driving."

The provincial Attorneys General emphasized that in considering whether it is reasonable to ascribe to Parliament an intention to confer an authority to proclaim a provision of the criminal law in force in some provinces but not in others, one must bear in mind, as a constitutional point of departure, that Parliament has unquestioned legislative authority under the division of powers to limit the territorial application of the criminal law and that it has done so on several occasions. This was affirmed by both the majority and the minority in *Burnshine*. Martland J., delivering the judgment of the majority, said at p. 705:

It is quite clear that, in 1960, when the *Bill of Rights* was enacted, the concept of "equality before the law"

outil nécessaire ou qui nous serait particulièrement utile dans notre situation actuelle.» L'affidavit présente des statistiques sur le taux et les conséquences (accidents, lésions corporelles et dépenses publiques) de la conduite avec facultés affaiblies en Colombie-Britannique et aussi sur les effets du «*Counterattack Program*» de la province, destiné à les réduire, et tend donc à appuyer l'argument du procureur général de la Colombie-Britannique selon lequel la question de savoir si l'art. 234.1 devait être proclamé dans cette province était considérée comme une question de priorités en matière d'application de la loi, d'efficacité et d'affectation de ressources. Pour soutenir l'argument du procureur général de la Colombie-Britannique relativement à l'existence d'un objectif fédéral régulier justifiant la proclamation et l'application non universelles de l'art. 234.1, le procureur général de l'Ontario a affirmé que [TRADUCTION] «La proclamation sélective de l'art. 234.1 reconnaît l'absence de consensus quant à savoir si les dispositions ayant trait à l'alcootest pratiqué sur-le-champ permettraient l'affectation la plus efficace de ressources à la réduction du taux d'ivresse au volant» et qu' [TRADUCTION] «en prévoyant la proclamation sélective de l'art. 234.1, le législateur fédéral visait d'une part à obtenir le consentement et la collaboration des provinces et d'autre part à respecter l'intérêt légitime qu'avaient les provinces à expérimenter en vue de déterminer le moyen le plus efficace de diminuer le taux de conduite avec facultés affaiblies».

Les procureurs généraux des provinces ont souligné qu'en examinant s'il est raisonnable d'attribuer au législateur l'intention de conférer un pouvoir de proclamer une disposition pénale dans certaines provinces, mais non dans d'autres, on doit se rappeler, comme point de départ d'une analyse constitutionnelle, que le Parlement possède incontestablement en vertu du partage des pouvoirs la compétence législative pour limiter l'application territoriale du droit criminel et qu'il a exercé cette compétence en plusieurs occasions. C'est ce qu'ont affirmé la majorité et la minorité dans l'affaire *Burnshine*. Le juge Martland, parlant au nom de la majorité, a dit, à la p. 705:

Il est très clair qu'en 1960, lors de l'adoption de la *Déclaration des droits*, le concept de «l'égalité devant la

did not and could not include the right of each individual to insist that no statute could be enacted which did not have application to everyone and in all areas of Canada. Such a right would have involved a substantial impairment of the sovereignty of Parliament in the exercise of its legislative powers under s. 91 of the *British North America Act* and could only have been created by constitutional amendment, or by statute. In my opinion the wording of the *Bill of Rights* did not do this, because, as has already been noted, by its express wording it declared and continued existing rights and freedoms. It was those existing rights and freedoms which were not to be infringed by any federal statute. Section 2 did not create new rights. Its purpose was to prevent infringement of existing rights. It did particularize, in paras. (a) to (g), certain rights which were a part of the rights declared in s. 1, but the right claimed by the respondent does not fall within any of those seven paragraphs.

The legislative authority of Parliament, under the division of powers, to give a territorial limitation to the application of the criminal law was also affirmed by Laskin J. (as he then was), dissenting, as follows, at p. 715:

As a matter of legislative power only, there can be no doubt about Parliament's right to give its criminal or other enactments special applications, whether in terms of locality of operation or otherwise. This has been recognized from the earliest years of this Court's existence: see, for example, *Fredericton v. The Queen* [(1880), 3 S.C.R. 505].

Given this unquestioned authority and its exercise from time to time, the general rule in s. 7 of the *Criminal Code* that its provisions apply throughout Canada does not, as suggested by the appellants in this appeal and in *Hufsky*, preclude, as a matter of construction, an intention on the part of Parliament to authorize the proclamation of a particular provision of the criminal law in force in some provinces but not in others.

As was held in *Burnshine* and *Negrige*, the burden is on the person invoking s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* to show that an inequality created by federal legislation is not justified by a valid federal objective. In view of the reasons

loi» ne comprenait pas et ne pouvait pas comprendre le droit pour tout individu de faire valoir qu'aucune loi qui ne s'appliquait pas à l'ensemble des citoyens et dans toutes les parties du Canada ne pouvait être adoptée. Un droit de cette nature aurait comporté une atteinte grave à la souveraineté du Parlement dans l'exercice de sa compétence législative sous le régime de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et n'aurait pu être créé que par un amendement à la constitution, ou par une loi. À mon avis le libellé de la *Déclaration des droits* n'a pas pour effet de créer un tel droit puisque, comme déjà mentionné, elle porte déclaration et continuation de droits et libertés existants, de par ses termes exprès. Ce sont ces droits et ces libertés qui existaient alors qui ne doivent être violés par aucune loi fédérale. L'article 2 ne crée pas de droits nouveaux. Son but est d'empêcher la transgression de droits existants. Il précise effectivement, dans les alinéas a) à g), certains droits faisant partie de ceux qui sont déclarés dans l'art. 1, mais le droit invoqué par l'intimé n'est compris dans aucun de ces sept alinéas.

La compétence législative que possède le Parlement, en raison du partage des pouvoirs, pour fixer une limite territoriale à l'application du droit criminel a été reconnue aussi par le juge Laskin (alors juge puîné), dissident, en les termes suivants, à la p. 715:

Comme question de compétence législative seulement, on ne peut mettre en doute le droit qu'a le Parlement de donner des applications spéciales à ses lois criminelles ou autres, que ce soit en termes d'application locale ou autrement. Ceci a été reconnu depuis les débuts de l'existence de cette Cour: voir, par exemple, *Fredericton c. La Reine* [(1880), 3 R.C.S. 505].

Vu ce pouvoir incontesté et son utilisation de temps à autre, la règle générale posée par l'art. 7 du *Code criminel*, selon laquelle ses dispositions s'appliquent partout au Canada, ne vient pas, contrairement à ce qu'ont soutenu les appelants en l'espèce et dans l'affaire *Hufsky*, exclure, du point de vue de l'interprétation, l'intention du Parlement d'autoriser qu'une disposition pénale particulière soit proclamée dans certaines provinces mais non dans d'autres.

Comme l'établissent les arrêts *Burnshine* et *Negrige*, il incombe à la personne qui invoque l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* de démontrer qu'une inégalité engendrée par une loi fédérale n'est pas justifiée par un objectif fédéral

suggested by the provincial Attorneys General why Parliament may be presumed to have empowered the Governor in Council to proclaim s. 234.1 in force in a particular province only if the province agreed to its proclamation, I do not think that burden has been discharged. In my opinion, it is reasonable to ascribe those reasons and that intention to Parliament, in enacting s. 102(3) of the *Criminal Law Amendment Act, 1975*, and they constitute, for the purposes of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, a valid federal objective justifying the non-universal proclamation and application of s. 234.1 of *Criminal Code*. Accordingly, the fact that s. 234.1 was in force in Ontario but not in force in British Columbia and Quebec when the appellant was charged in December 1983 did not infringe the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

IV

I turn now to the appellant's contention based on s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides:

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.

The appellant contends that the right to equality before the law is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7, and that the non-universal proclamation and application of s. 234.1 of the *Criminal Code*, which provides for imprisonment, thus infringes the right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice.

The initial position taken by the respondent and the interveners with respect to the contention based on s. 7 of the *Charter* is that to find constitutional protection for the right to equality before the law under s. 7 in the present case would be contrary to the clear expression of legislative intention resulting from ss. 15 and 32(2) of the *Charter* that the constitutional protection of this right was not to take effect until April 17, 1985.

régulier. Compte tenu des raisons qui, d'après les procureurs généraux des provinces, permettent de supposer que le Parlement a autorisé le gouverneur en conseil à ne proclamer l'art. 234.1 dans une province donnée que si cette dernière y consentait, je ne crois pas qu'on ait fait la preuve nécessaire. À mon avis, il est raisonnable de conclure que c'est pour ces raisons et avec cette intention que le Parlement a adopté le par. 102(3) de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel* et que ces raisons et cette intention constituent, aux fins de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, un objectif fédéral régulier justifiant la proclamation et l'application non universelles de l'art. 234.1 du *Code criminel*. Par conséquent, le fait que cet article était en vigueur en Ontario mais non en Colombie-Britannique ni au Québec lorsque l'appelant a été accusé en décembre 1983 ne lésait nullement son droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

IV

Je viens maintenant à l'argument de l'appelant fondé sur l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont voici le texte:

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.

L'appelant prétend que le droit à l'égalité devant la loi est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et que la proclamation et l'application non universelles de l'art. 234.1 du *Code criminel*, qui prévoit une peine d'emprisonnement, porte atteinte au droit de n'être privé de la liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La position initialement adoptée par l'intimée et les intervenants face à l'argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte* est la suivante: si en l'espèce on fondait sur l'art. 7 une protection constitutionnelle du droit à l'égalité devant la loi, cela irait à l'encontre de l'intention du législateur clairement exprimée à l'art. 15 et au par. 32(2) de la *Charte*, selon lesquels la protection constitutionnelle de ce droit ne devait entrer en vigueur qu'à partir du 17 avril 1985.

I agree with this contention. I do so on the basis of the clear intention of the framers of the *Charter* as to when the constitutional protection of the right to equality before the law was to take effect, not on the basis of the maxim *expressio unius est exclusio alterius*, which was applied in *R. v. Speicher, Kivell and Rodney* (1983), 6 C.C.C. (3d) 262, to which we were referred by counsel for the respondent and the interveners. As this Court has observed, there may be some overlap between s. 7 and other provisions of the *Charter*. It would be wrong, however, in my opinion, in view of the clear expression of legislative intention, to give effect to such protection as s. 7 might otherwise afford to the right to equality before the law in a case to which s. 15 could not apply because it was not in force at the relevant time. I note that the constitutionality, under s. 15 of the *Charter*, of the non-universal proclamation and application of provisions of the criminal law, including s. 234.1, has been considered in several cases, notably by courts of appeal in *R. v. Hamilton* (1986), 57 O.R. (2d) 412 (Ont. C.A.); *R. v. Frohman* (1987), 56 C.R. (3d) 130 (Ont. C.A.), and *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226 (N.S.C.A.) Leave to appeal to this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Hamilton* was sought on issues other than the constitutionality of the non-universal proclamation and application of the criminal law provisions in question and refused, [1987] 2 S.C.R. ix. If that issue were to be determined under s. 7 of the *Charter* on the basis that equality before the law was a principle of fundamental justice within the meaning of that provision, it would inevitably have the effect of determining the issue for the purposes of s. 15 as well, since the analysis, including the application of s. 1, if necessary, would be essentially the same under the two provisions. This further reinforces my conviction that it would be wrong to apply s. 7 in the present case, in view of the clear expression of legislative intention that the constitutional protection of the right to equality before the law was not to take effect until April 17, 1985.

Je suis d'accord avec cet argument. Pour cela je me fonde sur l'intention manifeste des rédacteurs de la *Charte* quant au moment où devait prendre effet la protection constitutionnelle du droit à l'égalité devant la loi et non pas sur la maxime *expressio unius est exclusio alterius*, qu'on a appliquée dans l'affaire *R. v. Speicher, Kivell and Rodney* (1983), 6 C.C.C. (3d) 262, à laquelle nous ont renvoyés les avocats de l'intimée et des intervenants. Comme cette Cour l'a fait observer, il peut y avoir un certain chevauchement de l'art. 7 et d'autres dispositions de la *Charte*. On aurait cependant tort, selon moi, compte tenu de l'expression claire de l'intention du législateur, d'accorder au droit à l'égalité devant la loi la protection dont il aurait pu par ailleurs bénéficier sous le régime de l'art. 7 dans un cas où l'art. 15 ne pouvait pas s'appliquer parce qu'il n'était pas en vigueur à l'époque en question. Je signale que la constitutionnalité, en vertu de l'art. 15 de la *Charte*, de la proclamation et de l'application non universelles de dispositions de droit criminel, y compris l'art. 234.1, a déjà été étudiée dans plusieurs affaires et notamment par des cours d'appel dans *R. v. Hamilton* (1986), 57 O.R. (2d) 412 (C.A. Ont.), *R. v. Frohman* (1987), 56 C.R. (3d) 130 (C.A. Ont.), et *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226 (C.A.N.-É.) L'autorisation de former un pourvoi devant cette Cour contre l'arrêt *Hamilton* de la Cour d'appel de l'Ontario a été demandée relativement à des questions autres que celle de la constitutionnalité de la proclamation et de l'application non universelles des dispositions pénales en cause, mais l'autorisation a été refusée, [1987] 2 R.C.S. ix. Si on devait avoir recours à l'art. 7 de la *Charte* pour trancher cette question en tenant pour acquis que l'égalité devant la loi constitue un principe de justice fondamentale au sens de cette disposition-là, cela aurait inévitablement pour effet de régler la question aussi aux fins de l'art. 15, car l'analyse, y compris celle relative à l'application de l'article premier, le cas échéant, serait essentiellement la même dans les deux cas. Voilà qui me renforce davantage dans la conviction qu'il serait erroné d'appliquer l'art. 7 en l'espèce, étant donné l'expression claire de l'intention du législateur qui a voulu que la protection constitutionnelle du droit à l'égalité devant la loi ne prenne effet que le 17 avril 1985.

For these reasons I would dismiss the appeal and decline to answer the constitutional questions on the ground that s. 7 does not apply to the issue raised in the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Macgillivray-Poirier, Thunder Bay.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de ne pas répondre aux questions constitutionnelles parce que l'art. 7 ne s'applique pas à la question soulevée par le pourvoi.

^a *Pourvoi rejeté.*

Procureurs de l'appelant: Macgillivray-Poirier, Thunder Bay.

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

^c *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

^d *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

Jerry Carl Stolar *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STOLAR

File No.: 19068.

1987: May 15; 1988: March 24.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Courts — Procedure — Application to admit new evidence on appeal — Whether or not Court erred in not ordering new trial after admitting introduction of new evidence — Whether or not Court of Appeal erred in applying proviso that no substantial miscarriage of justice had taken place — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 610, 613(1)(b)(iii).

Appellant appealed his murder conviction to the Court of Appeal where an application for leave to adduce fresh evidence was made pursuant to s. 610 of the *Criminal Code*. This motion was heard before the appeal commenced and was granted by a majority of the court on the basis that it could have reasonably affected the result. The court then heard the appeal and later dismissed it by a differently constituted majority who concluded that the fresh evidence was of little consequence. At issue here are: (1) whether or not the Court of Appeal erred in law in not ordering a new trial once it had permitted the introduction of the fresh evidence on appeal and (2) whether or not the Court of Appeal erred in applying the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in these circumstances.

Held: The appeal should be allowed.

The condition for the application of s. 613(1)(b)(iii) did not arise here because no error was shown in the trial.

The law relating to the bringing of fresh evidence when an appeal is taken is settled: that evidence must reasonably have been able to affect the result. When an application is made to the Court of Appeal for the admission of fresh evidence, the motion should be heard and, if not dismissed, judgment should be reserved and the appeal heard. The Court can then consider the question of the fresh evidence in light of the background

Jerry Carl Stolar *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. STOLAR

N° du greffe: 19068.

1987: 15 mai; 1988: 24 mars.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^c *Tribunaux — Procédure — Demande d'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel — La cour a-t-elle eu tort de ne pas ordonner un nouveau procès après avoir admis des éléments de preuve nouveaux? — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'appliquer la réserve relative à l'absence d'erreur judiciaire grave? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610, 613(1)(b)(iii).*

^e L'appelant, reconnu coupable de meurtre, a interjeté appel à la Cour d'appel devant laquelle une requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux a été faite en vertu de l'art. 610 du *Code criminel*. La requête a été entendue avant l'appel et accueillie, à la majorité des juges de la cour, parce qu'il était raisonnable de croire que les éléments de preuve auraient pu influencer sur l'issue du procès. La cour a alors entendu l'appel, puis l'a rejeté par une majorité de juges différents qui a conclu que les éléments de preuve nouveaux ne portaient guère à conséquence. Les questions en litige sont les suivantes: (1) la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en s'abstenant d'ordonner un nouveau procès après avoir autorisé la production des éléments de preuve nouveaux en appel et (2) a-t-elle eu tort d'appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* compte tenu des circonstances de l'espèce?

^h *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La condition d'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) n'est pas réalisée en l'espèce parce qu'il n'a pas été démontré qu'une erreur se serait produite au procès.

ⁱ La règle applicable à la production d'éléments de preuve nouveaux lorsqu'un appel est interjeté est bien établie: ces éléments doivent être raisonnablement susceptibles d'influer sur l'issue du procès. Lorsque la Cour d'appel est saisie d'une demande d'admission d'éléments de preuve nouveaux, la requête doit être entendue pour ensuite, si elle n'est pas rejetée, la mettre en délibéré et entendre l'appel. La Cour d'appel peut alors examiner la

of the case and of the other evidence. The following alternatives are then available: (1) dismiss the application and dispose of the appeal; (2) admit the evidence as conclusive of the issues and dispose of the matter immediately; (3) admit evidence that may have sufficient probative force, if accepted by the trier of fact, to alter the result at trial and direct a new trial. The third alternative should be adopted here: the Court cannot admit the evidence on the basis that it might reasonably affect the result and then conclude that the evidence did not have that effect.

Cases Cited

Applied: *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *Palmer and Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; **considered:** *R. v. Buckle* (1949), 94 C.C.C. 84; *R. v. Feeny* (1946), 86 C.C.C. 429; *R. v. Kissick* (1951), 100 C.C.C. 130, aff'd *Kissick v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 343; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; **referred to:** *R. v. Lakatos* (1961), 129 C.C.C. 387; *R. v. Boles* (1984), 57 A.R. 232; *R. v. Flower*, [1966] 1 Q.B. 146.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 610, 613(1)(b)(iii).
Opium and Narcotic Drug Act, 1929, S.C. 1929, c. 49.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1984), 30 Man. R. (2d) 81, dismissing an appeal from a conviction by Scollin J. sitting with jury. Appeal allowed.

G. Greg Brodsky, Q.C., for the appellant.

Wayne Myshkowsky and Robert Gosman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant, a police officer in the city of Winnipeg, was convicted of murder on July 13, 1983. An appeal was taken to the Court of Appeal of Manitoba. An application, undated but returnable on September 7, 1983, for leave to adduce fresh evidence was made pursuant to s. 610 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The evidence which the appellant sought to introduce consisted of a series of documents described as

question des éléments de preuve nouveaux en fonction de l'ensemble de l'affaire et de tous les autres éléments de preuve s'y rapportant. Elle dispose alors des options suivantes: (1) rejeter la requête et statuer sur l'appel; (2) considérer que l'ensemble des preuves règle les points en litige et rendre une décision définitive immédiatement; (3) admettre les éléments de preuve qui pourraient avoir suffisamment de force probante pour influencer sur l'issue du procès et ordonner un nouveau procès. La troisième option devrait être adoptée en l'espèce: la cour ne peut admettre les éléments de preuve parce qu'on peut raisonnablement penser qu'ils pourraient influencer sur l'issue du procès et ensuite conclure qu'ils n'avaient pas cet effet.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *McMartin v. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *Palmer et Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; **arrêts examinés:** *R. v. Buckle* (1949), 94 C.C.C. 84; *R. v. Feeny* (1946), 86 C.C.C. 429; *R. v. Kissick* (1951), 100 C.C.C. 130, conf. *Kissick v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 343; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; **arrêts mentionnés:** *R. v. Lakatos* (1961), 129 C.C.C. 387; *R. v. Boles* (1984), 57 A.R. 232; *R. v. Flower*, [1966] 1 Q.B. 146.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610, 613(1)(b)(iii).
Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1929, S.C. 1929, chap. 49.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1984), 30 Man. R. (2d) 81, qui a rejeté l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scollin siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

G. Greg Brodsky, c.r., pour l'appellant.

Wayne Myshkowsky et Robert Gosman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appellant, un agent de police de la ville de Winnipeg, a été reconnu coupable de meurtre le 13 juillet 1983. Un appel a été interjeté à la Cour d'appel du Manitoba. Une requête, non datée mais à présenter le 7 septembre 1983, visant la production d'éléments de preuve nouveaux a été déposée conformément à l'art. 610 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Les éléments de preuve que l'appellant voulait produire

traffic offence notices. These notices are given by police officers to traffic offenders and are left in the files of the Magistrates' Court. They would provide, it was argued, evidence of the whereabouts of the appellant at certain times which would be relevant evidence in his defence.

The appellant's appeal came on for hearing on March 28, 1984. Before the appeal commenced, the motion for fresh evidence was heard and the court (Hall, O'Sullivan and Huband J.J.A.), with Hall J.A. dissenting, granted the motion for leave to adduce the evidence. The court then proceeded to hear the appeal and after three days' hearing reserved judgment. On October 11, 1984, some six months later, judgment was given dismissing the appeal with O'Sullivan J.A. dissenting. Huband J.A., for the majority in the Court of Appeal (reported at (1984), 30 Man. R. (2d) 81), reached the conclusion that the fresh evidence was of little consequence, stating, at p. 110:

The new evidence does not affect the matter. Even if it had been presented to the jury, the case against Stolar is so strong that in spite of the additional evidence the jury, properly instructed, would have inevitably arrived at the same decision.

He concluded his judgment by saying: "I would dismiss the appeal of Stolar as well, relying again upon the provisions of s. 613(1)(b)(i) [*sic*]" (The printed case in this concluding paragraph refers to s. 613(1)(b)(i), which I take to be a misprint. The judge had earlier applied s. 613(1)(b)(iii) in respect of Stolar's co-accused and the notice of appeal, as well as the factums of both Crown and appellant, refer to s. 613(1)(b)(iii).)

O'Sullivan J.A. in his dissent expressed the view that the court had granted the motion for the admission of fresh evidence on the basis that it might affect the result and it could not hold some six months later that it could not have such an effect. He said, at p. 117:

consistaient en une série de pièces décrites comme des avis de contravention au Code de la route. Ces avis sont remis par les agents de police aux contrevenants au Code de la route et sont conservés dans les dossiers de la Cour des magistrats. Ils fourniraient, a-t-on soutenu, une preuve des allées et venues de l'appellant à certaines époques, qui serait utile pour sa défense.

L'appel interjeté par l'appellant a été entendu le 28 mars 1984. Avant le début de l'audience, la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux a été entendue et la cour (les juges Hall, O'Sullivan et Huband), le juge Hall étant dissident, y a fait droit. La cour a alors procédé à l'audition de l'appel et, après trois jours d'audience, a mis l'affaire en délibéré. Quelque six mois plus tard, le 11 octobre 1984, l'arrêt rejetant l'appel a été rendu, le juge O'Sullivan étant dissident. Le juge Huband, au nom de Cour d'appel à la majorité (publié à (1984), 30 Man. R. (2d) 81), a conclu que ces nouveaux éléments de preuve avaient peu d'importance, affirmant, à la p. 110:

[TRADUCTION] Les nouveaux éléments de preuve n'influent pas sur l'affaire. Même si elle avait été soumise à l'appréciation du jury, la preuve qui pèse contre Stolar est si lourde qu'en dépit de ces éléments nouveaux le jury, ayant reçu des directives appropriées, serait inévitablement arrivé à la même décision.

Il conclut l'arrêt en disant: [TRADUCTION] «Je suis d'avis de rejeter l'appel de Stolar également, me fondant ici encore sur les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(i) [*sic*]». (L'arrêt publié mentionne le sous-al. 613(1)(b)(i) dans ce dernier paragraphe, ce que je considère comme une erreur d'impression. Le juge avait auparavant appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) relativement au coaccusé de Stolar et l'avis d'appel, de même que les mémoires tant du ministère public que de l'appellant, font référence au sous-al. 613(1)(b)(iii).)

Dans ses motifs de dissidence, le juge O'Sullivan a exprimé l'avis que la cour avait accueilli la requête visant l'admission d'éléments de preuve nouveaux parce qu'ils pourraient influencer sur l'issue de l'affaire, et qu'elle ne pouvait pas juger, quelque six mois plus tard, qu'ils ne pouvaient avoir cet effet. Voici ce qu'il affirme, à la p. 117:

We did not reserve on the motion. We granted it by majority. It is *res judicata*. I do not see how we can say in March that the evidence might reasonably affect the jury but in October we say it cannot.

So I would allow the appeal of Stolar on three grounds:

- (1) that this is not a case for the proviso to be applied;
- (2) that the proviso cannot, in law, apply to new evidence admitted;
- (3) that in this case we have already decided that the new evidence might reasonably affect the verdict.

I would therefore allow the appeal and order a new trial.

It is evident that the Court of Appeal considered the motion for the introduction of new evidence and the appeal itself in two separate stages. It first heard the motion to adduce new evidence and although no formal order was entered in the Registry, it is clear that they granted the motion and admitted the evidence. The reasons for judgment on the fresh evidence motion bear the notation, "application decided: March 28, 1984", and in concluding the reasons, Hall J.A., who presided at the hearing, said: "In the result the motion is granted with myself dissenting". On April 2, 1984, some five days later, on a motion on behalf of the appellant, an order was made in the Court of Appeal Chambers directing a magistrate who had their custody to produce eleven of the traffic offence notices for filing in the Court of Appeal. The Court of Appeal, having admitted the evidence, then proceeded to hear the appeal and, by a different majority, decided that the fresh evidence could not have affected the result of the trial. In so doing, they did not purport to revoke their earlier order admitting the evidence.

There are only two grounds of appeal raised in this Court. They are set out hereunder:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas mis la requête en délibéré. Nous l'avons accueillie à la majorité. Il y a là chose jugée. Je ne vois pas comment nous pouvons dire en mars qu'il est raisonnable de penser que ces éléments de preuve peuvent éventuellement influencer le jury pour ensuite déclarer, en octobre, qu'ils ne le peuvent pas.

Aussi je suis d'avis d'accueillir l'appel de Stolar pour trois motifs:

- (1) il ne s'agit pas d'un cas où la réserve s'applique;
- (2) la réserve ne saurait, en droit, s'appliquer à des éléments de preuve nouveaux qui ont été admis;
- (3) en l'espèce, nous avons déjà décidé qu'il est raisonnable de penser que les éléments de preuve nouveaux peuvent éventuellement influencer sur le verdict.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Il est évident que la Cour d'appel a étudié la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux et l'appel lui-même en deux étapes distinctes. Elle a d'abord entendu la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux et, bien qu'aucune ordonnance formelle n'ait été consignée au greffe, il est clair qu'elle a accueilli la requête et admis les éléments de preuve. Les motifs de l'arrêt relatifs à la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux portent la mention: [TRADUCTION] «Requête jugée le 28 mars 1984», et en concluant ses motifs, le juge Hall, qui a présidé à l'audience, écrit: [TRADUCTION] «En définitive, la requête est accueillie avec dissidence de ma part». Quelque cinq jours plus tard, le 2 avril 1984, suite à une requête déposée au nom de l'appellant, la Cour d'appel, réunie en dehors de la salle d'audience, a rendu une ordonnance enjoignant au magistrat qui en avait la garde de déposer onze des avis de contravention à la Cour d'appel. La Cour d'appel, ayant admis ces éléments de preuve, a alors procédé à l'audition de l'appel pour décider, par une majorité différente, que ces éléments de preuve nouveaux ne pouvaient avoir influé sur l'issue du procès. Ce faisant, la cour ne prétendait pas révoquer son ordonnance antérieure autorisant l'admission desdits éléments de preuve.

Le pourvoi dont nous sommes saisis n'est fondé que sur les deux moyens que voici:

1. Did the Manitoba Court of Appeal err in law in not ordering a new trial once it had permitted the introduction of the fresh evidence on appeal?

2. Did the Manitoba Court of Appeal err in applying the provisions of section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in the circumstances of this case?

The appellant supports the dissenting judgment of O'Sullivan J.A. The Crown argues that the evidence was not new evidence at all and contends that the majority in the Court of Appeal was in error in making the order for its admission. It was argued that the fresh evidence was of little, if any, weight and that the Court of Appeal was justified in applying the proviso in s. 613(1)(b)(iii). It was also contended that, in fact, the motion for the new evidence and the appeal itself were one proceeding and that the motion was, in reality, dismissed by the Court of Appeal at the conclusion of the main appeal. There was simply a time interval between the making of the motion and its disposition. This last argument I would reject on the basis of the facts recited above. I would also dispose of the argument raised with respect to the application of the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The proviso may be applied, even though an error in law has been made at trial which might have justified a determination of the appeal in the appellant's favour, when the Court of Appeal is of the view that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. No error has been shown in the trial in the case at bar. The appellant seeks only to adduce new evidence which was not heard by the trial judge. The condition then for the application of the proviso does not arise here and it was error on the part of the majority in the Court of Appeal to seek to apply it.

The law relating to the bringing of fresh evidence when an appeal is taken is settled. This Court has dealt with the matter in *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, and more recently in *Palmer and Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. *McMartin* was a case where the appellant after a conviction for murder sought leave to adduce evidence of his mental condition.

[TRADUCTION] 1. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur de droit en s'abstenant d'ordonner un nouveau procès après avoir autorisé la production des éléments de preuve nouveaux en appel?

2. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle eu tort d'appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, dans les circonstances de l'espèce?

L'appellant défend l'opinion dissidente du juge O'Sullivan. Le ministère public fait valoir que les éléments de preuve en cause n'étaient absolument pas nouveaux et il soutient que la Cour d'appel à la majorité a eu tort de rendre une ordonnance autorisant leur admission. On a aussi fait valoir que ces éléments de preuve nouveaux ne pouvaient avoir que peu de poids et que la Cour d'appel avait eu raison d'appliquer la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii). On a aussi soutenu qu'en fait la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux et l'appel lui-même ne formaient qu'une seule instance et que la requête avait, en réalité, été rejetée par la Cour d'appel au terme de l'appel principal. Il y avait simplement eu intervalle entre le dépôt de la requête et le moment où on avait statué sur celle-ci. Je suis d'avis de rejeter ce dernier argument en raison des faits exposés précédemment. Je suis aussi d'avis de rejeter l'argument relatif à l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. La réserve peut s'appliquer, même si on a commis au procès une erreur de droit qui aurait pu justifier que l'appel soit tranché en faveur de l'appellant, lorsque la Cour d'appel est d'avis qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. Il n'a pas été démontré qu'une erreur a été commise au procès en l'espèce. L'appellant ne demande qu'à produire des éléments de preuve nouveaux dont le juge du procès n'a pas été saisi. Ainsi, la condition d'application de la réserve n'est pas réalisée ici et c'est à tort que la Cour d'appel à la majorité a cherché à l'appliquer.

La règle applicable à la production d'éléments de preuve nouveaux lorsqu'un appel est interjeté est bien établie. La Cour a examiné cette question dans l'arrêt *McMartin v. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, et plus récemment, dans l'arrêt *Palmer et Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Dans l'affaire *McMartin*, il s'agissait d'un appellant reconnu coupable de meurtre qui deman-

The Court of Appeal, having heard the tendered evidence, rejected it on the basis that it did not have the weight to establish the mental condition of the appellant at the relevant time. Ritchie J., speaking for the full Court on this issue, said, at p. 493:

With the greatest respect, it appears to me that the evidence tendered by the appellant on such an application as this is not to be judged and rejected on the ground that it "does not disprove the verdict as found by the jury" or that it fails to discharge the burden of proving that the appellant was incapable of planning and deliberation, or that it does not rebut inferences which appear to have been drawn by the jury. It is enough, in my view, if the proposed evidence is of sufficient strength that it might reasonably affect the verdict of a jury.

He adopted, as well, the words of Sloan C.J.B.C. in *R. v. Buckle* (1949), 94 C.C.C. 84, at pp. 85-86 where, speaking for himself and Sidney Smith J.A. (Robertson J.A. dissenting), he said:

In my opinion the rule to be applied in criminal cases in relation to the introduction of fresh evidence and consequential relief which may be granted by the Court, is wider in its discretionary scope than that applied by the Court in civil appeals. If the newly-discovered evidence is in its nature conclusive, then the Court of Appeal, in both civil and criminal cases, may itself finally deal with the matter. See, e.g., O'Halloran J.A. in *R. v. Feeny* [1947] 1 D.L.R. 392 at pp. 396 *et seq.*, 86 Can. C.C. 429 at pp. 434 *et seq.*, 63 B.C.R. 131 at pp. 136 *et seq.* If, on the other hand, in a criminal case, the new evidence does not exert such a compelling influence, but is however of sufficient strength that it might reasonably affect the verdict of a jury, then, in my opinion, the Court may admit that evidence and direct a new trial, so that such evidence might be added to the scale and weighed by the trial tribunal in the light of all the facts.

And see, as well, *R. v. Lakatos* (1961), 129 C.C.C. 387, at p. 391, *per* Bird J.A., speaking for the court (DesBrisay C.J.B.C., Bird and Coady J.J.A.)

dait l'autorisation de produire des éléments de preuve concernant son état mental. La Cour d'appel, ayant pris connaissance des éléments de preuve offerts, les a rejetés pour le motif qu'ils n'avaient pas le poids nécessaire pour établir l'état mental de l'appelant à l'époque pertinente. Le juge Ritchie, s'exprimant à ce sujet au nom de la Cour siégeant au complet, dit à la p. 493:

[TRADUCTION] Avec égards, je crois que la déposition offerte par l'appelant à l'occasion d'une requête comme celle-ci ne doit pas être jugée et rejetée pour le motif qu'elle «ne réfute pas le verdict prononcé par le jury» ou qu'elle ne réussit pas à établir que l'appelant était incapable de projeter et de commettre son acte de propos délibéré ou qu'elle ne réfute pas les déductions que le jury paraît avoir faites. Il suffit, à mon avis, que la déposition offerte ait suffisamment de poids pour qu'il soit raisonnable de penser qu'elle peut éventuellement influencer sur le verdict du jury.

Il a aussi fait siens les propos tenus par le juge en chef Sloan de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Buckle* (1949), 94 C.C.C. 84, aux pp. 85 et 86, où il affirme, en son propre nom et en celui du juge Sidney Smith (le juge Robertson étant dissident):

[TRADUCTION] À mon avis, la règle à appliquer dans les affaires criminelles relativement à la production d'éléments de preuve nouveaux et au redressement consécutif que peut accorder la cour, a une portée discrétionnaire plus large que celle qu'applique la cour dans les appels en matière civile. Si la preuve nouvellement communiquée est de par sa nature même concluante, alors la Cour d'appel, tant en matière civile que criminelle, peut elle-même statuer définitivement sur l'affaire. Voir, par exemple, le juge O'Halloran dans *R. v. Feeny*, [1947] 1 D.L.R. 392, aux pp. 396 *et suiv.*, 86 Can. C.C. 429, aux pp. 434 *et suiv.*, 63 B.C.R. 131, aux pp. 136 *et suiv.* Si d'autre part, dans une affaire criminelle, les éléments de preuve nouveaux n'ont pas une influence aussi décisive, mais ont néanmoins suffisamment de poids pour qu'il soit raisonnable de penser qu'ils peuvent éventuellement influencer sur le verdict d'un jury, alors j'estime que la cour peut admettre ces éléments et ordonner un nouveau procès afin que le tribunal de première instance puisse éventuellement les soupeser à la lumière de l'ensemble des faits.

Voir aussi l'arrêt *R. v. Lakatos* (1961), 129 C.C.C. 387, à la p. 391, le juge Bird, s'exprimant au nom de la Cour d'appel (le juge en chef DesBrisay de la Colombie-Britannique, et les juges Bird et Coady).

In *Palmer, supra*, I reviewed some of the authorities on the topic. Writing for the Court, I said, at p. 775:

Parliament has given the Court of Appeal a broad discretion in s. 610(1)(d). The overriding consideration must be in the words of the enactment "the interests of justice" and it would not serve the interests of justice to permit any witness by simply repudiating or changing his trial evidence to reopen trials at will to the general detriment of the administration of justice. Applications of this nature have been frequent and courts of appeal in various provinces have pronounced upon them—see for example *Regina v. Stewart*; *Regina v. Foster*; *Regina v. McDonald*; *Regina v. Demeter*. From these and other cases, many of which are referred to in the above authorities, the following principles have emerged:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

Given that the test for the admission of fresh evidence is so well settled, the source of the confusion in this case is at once apparent. The Court of Appeal by a majority decision admitted the evidence on a preliminary application but, by a differently constituted majority, dismissed the appeal on the basis that the fresh evidence was not such that it could reasonably have affected the jury's verdict. This was done, despite the fact that the very act of admitting the evidence, according to the required test, is based upon a finding that the evidence could reasonably have affected the result. This inconsistency was recognized in the dissent by O'Sullivan J.A.

Dans l'arrêt *Palmer*, précité, j'ai examiné certains précédents sur le sujet. Voici ce que j'y affirme au nom de la Cour, à la p. 775:

Par l'alinéa 610(1)d), le législateur a donné à la Cour d'appel un grand pouvoir discrétionnaire. On doit donner la prépondérance, dans cette disposition, à l'expression «l'intérêt de la justice» et il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de permettre à un témoin, par la seule répudiation ou modification de ses dépositions au procès, de rouvrir des procès à volonté au détriment général de l'administration de la justice. Les demandes de cette nature sont fréquentes et les cours d'appel de diverses provinces se sont prononcées à leur égard—voir par exemple *Regina v. Stewart*; *Regina v. Foster*; *Regina v. McDonald*; *Regina v. Demeter*. Les principes suivants se dégagent de ces arrêts et d'autres dont plusieurs sont cités dans la jurisprudence susmentionnée:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de matière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*.
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

Vu que le critère d'admissibilité des éléments de preuve nouveaux est si bien établi, la source de la confusion en l'espèce devient aussitôt évidente. La Cour d'appel, par une décision majoritaire, a admis les éléments de preuve suite à une demande préliminaire mais, par une majorité constituée différemment, a rejeté l'appel pour le motif que les éléments de preuve nouveaux ne permettraient pas de penser raisonnablement qu'ils auraient pu influencer sur le verdict du jury. On a statué ainsi malgré le fait que l'admission même de ces éléments de preuve, conformément au critère requis, ait été fondée sur la conclusion qu'il était raisonnable de penser qu'ils auraient pu influencer sur l'issue du procès. Le juge O'Sullivan a reconnu cette contradiction dans ses motifs de dissidence.

A similar application was considered by O'Halloran J.A., dissenting, in *R. v. Feeny* (1946), 86 C.C.C. 429, but referred to with approval by Sloan C.J.B.C. in *Buckle*, *supra*. He said, at pp. 436-37:

Whether an order is to be made that the evidence be actually admitted, or that it be allowed to be heard for the purpose of determining if it is to be admitted, must depend on the circumstances of each case. In the present case as in this Court's decision in *R. v. Shumarin*, [1928] 1 W.W.R. 300 I saw no difficulty in admitting it at once. In another case the circumstances might be such that a conclusion could not be reached without first hearing the evidence. That would of course concern the admissibility of the evidence as fresh evidence.

But once it is acceptable as fresh evidence and admitted as such it does not follow that the case must be sent back for a new trial. There are no doubt cases in which the circumstances may be such that the Court of Appeal would conclude that the interests of justice would be better served by directing a new trial, than by exercising its powers under *Cr. Code*, s. 1021(1), and Civil Appeal Rule 5. But the Court's jurisdiction under that *Cr. Code* section and Civil Appeal Rule is not to be overlooked, and in a case like the present where the fresh evidence was inconsistent with and contradictory to the evidence it was advanced to support, in my opinion a proper case was disclosed in which to exercise that jurisdiction and substitute a conviction of attempted theft.

I think the difficulty vanishes if *R. v. Martin*, *supra*, is read in the light of the jurisdiction given by *Cr. Code*, s. 1021(1), and Civil Appeal Rule 5 to which there was no occasion for that decision to refer. One of the tests of the admissibility of fresh evidence in a criminal case, that "it might reasonably have induced the jury or the tribunal of fact to change its view regarding the guilt of the accused" ([1945] 1 D.L.R. at p. 130, 82 Can. C.C. at p. 313, 60 B.C.R. at pp. 556-7), visualizes a condition existing if the fresh evidence had been in fact adduced in the Court below. It is not to be read as if that test cannot be complied with unless the fresh evidence is sent back with the case for a new trial, for that would deny

Le juge O'Halloran, dissident, traite d'une requête semblable dans l'affaire *R. v. Feeny* (1946), 86 C.C.C. 429, mais le juge en chef Sloan de la Colombie-Britannique a mentionné une telle requête en l'approuvant dans l'arrêt *Buckle*, précité. Voici ce qu'affirme le juge O'Halloran, aux pp. 436 et 437:

[TRADUCTION] La question de savoir s'il faut rendre une ordonnance autorisant l'admission des éléments de preuve, ou permettant d'en prendre connaissance afin de déterminer s'ils doivent être admis, doit dépendre des circonstances de chaque affaire. En l'espèce, comme dans notre arrêt *R. v. Shumarin*, [1928] 1 W.W.R. 300, je n'ai vu aucun inconvénient à les admettre immédiatement. Dans une autre affaire, il se pourrait que les circonstances ne permettent pas d'arriver à une conclusion sans d'abord prendre connaissance des éléments de preuve. Cela concernerait bien entendu l'admissibilité de ces éléments de preuve à titre d'éléments nouveaux.

Mais lorsqu'ils sont acceptables à titre d'éléments de preuve nouveaux et admis en tant que tels, il ne s'ensuit pas que l'affaire doit être renvoyée pour un nouveau procès. Il y a sans doute des cas où les circonstances peuvent être telles que la Cour d'appel conclurait qu'il serait dans l'intérêt de la justice d'ordonner un nouveau procès plutôt que d'exercer les pouvoirs que lui confèrent le par. 1021(1) du *Code criminel* et l'article 5 des Règles d'appel en matière civile. Mais on ne saurait passer sous silence la compétence que ces articles du *Code criminel* et des Règles d'appel en matière civile confèrent à la cour et, dans un cas comme l'espèce, où les éléments de preuve nouveaux contredisent ceux qu'on veut corroborer, j'estime qu'il y a lieu d'exercer cette compétence et de substituer une déclaration de culpabilité de tentative de vol.

Je pense que la difficulté disparaît si l'on interprète l'arrêt *R. v. Martin*, précité, en fonction de la compétence conférée par le par. 1021(1) du *Code criminel* et par l'article 5 des Règles d'appel en matière civile que cet arrêt n'avait pas à mentionner. L'un des critères d'admissibilité des éléments de preuve nouveaux dans une affaire criminelle, savoir qu'il est raisonnable de penser qu'ils auraient pu inciter le jury ou le juge des faits à modifier son point de vue concernant la culpabilité de l'accusé» ([1945] 1 D.L.R., à la p. 130, 82 Can. C.C., à la p. 313, 60 B.C.R., aux pp. 556 et 557), envisage la situation qui existerait si le tribunal d'instance inférieure avait en fait été saisi des éléments de preuve nouveaux. On ne doit pas interpréter ce critère comme ne pouvant être respecté que si les éléments de preuve nouveaux sont renvoyés avec l'affaire en vue de

the jurisdiction conferred by *Cr. Code*, ss. 1015 and 1021(1).

I agree with O'Halloran J.A. that there is a distinction between an order which actually admits the proffered evidence and one which allows consideration of the evidence for the purpose of determining whether it will be admitted. I also agree that a new trial will not be required in every case, for there will be cases where the new evidence may be so conclusive that the Court of Appeal can determine the proceedings on its own. O'Halloran J.A.'s words in *Feeny* would appear to be the first direct assertion of such a power in a court of appeal in the Canadian cases. His view, however, has received support in later authority: see *Buckle* and *McMartin*, *supra*. In *R. v. Kissick* (1951), 100 C.C.C. 130 (Man. C.A.), affirmed in this Court [1952] 1 S.C.R. 343, convictions for conspiracy to possess and sell narcotics, contrary to *The Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1929, c. 49, were recorded at trial. The nature of the substance found in possession was proved by the certificates of analysts who were not called at trial. These certificates were receivable under *The Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, but a question arose on the appeal as to whether they were admissible in a prosecution under the *Criminal Code*. The Crown was allowed to adduce fresh evidence by calling the analysts who gave evidence *viva voce* in the Court of Appeal. On this basis, the convictions were affirmed over the defence submission that there should have been a new trial upon the admission of the new evidence. Dysart J.A. stated for the Court, at p. 135:

If fresh evidence is receivable under s. 1021(1) "for the purposes of an appeal", surely it must be available for any and all of those "purposes", one of which is to confirm a conviction if justice so demands. And s. 1014 directs that an appeal which cannot be otherwise disposed of shall be dismissed. These two sections give this Court a jurisdiction which must be allowed to prevail. [Emphasis added.]

tenir un nouveau procès, car ce serait nier la compétence conférée par l'art. 1015 et le par. 1021(1) du *Code criminel*.

Je conviens avec le juge O'Halloran qu'il y a une différence entre une ordonnance qui admet effectivement la preuve offerte et une autre qui autorise l'examen de cette preuve afin de déterminer si elle doit être admise. Je conviens aussi qu'un nouveau procès n'est pas toujours nécessaire car il y a des cas où les nouveaux éléments de preuve peuvent être à ce point concluants que la Cour d'appel peut elle-même statuer sur l'affaire. Il semblerait que la première affirmation directe d'un tel pouvoir pour une cour d'appel dans la jurisprudence canadienne soit ce qu'a dit le juge O'Halloran dans l'arrêt *Feeny*. Son opinion, cependant, est appuyée par la jurisprudence subséquente: voir les arrêts *Buckle* et *McMartin*, précités. Dans l'affaire *R. v. Kissick* (1951), 100 C.C.C. 130 (C.A. Man.), confirmée en cette Cour, [1952] 1 R.C.S. 343, des déclarations de culpabilité de complot de possession et de vente de stupéfiants, contrairement à la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1929, chap. 49, avaient été inscrites en première instance. La nature de la substance trouvée en la possession des accusés avait été établie par les certificats d'analystes qui n'avaient pas été appelés à témoigner au procès. Ces certificats étaient admissibles en vertu de la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1929*, mais on s'est demandé en appel s'ils étaient admissibles dans des poursuites intentées en vertu du *Code criminel*. Le ministre public a été autorisé à présenter des éléments de preuve nouveaux en appelant les analystes à témoigner de vive voix en Cour d'appel. Sur ce fondement, les déclarations de culpabilité ont été confirmées, malgré l'argument de la défense portant qu'il y aurait dû y avoir un nouveau procès suite à l'admission des nouveaux éléments de preuve. Le juge Dysart dit, au nom de la Cour, à la p. 135:

[TRADUCTION] Si des éléments de preuve nouveaux sont recevables en vertu du par. 1021(1) «Pour les fins d'appel», sûrement ils doivent pouvoir servir à toutes et chacune de ces «fins», dont l'une est de confirmer une déclaration de culpabilité si la justice l'exige. Et l'art. 1014 prescrit qu'un appel sur lequel on ne peut statuer autrement doit être rejeté. Ces deux articles confèrent à la Cour une compétence qui doit pouvoir prévaloir. [Je souligne.]

He referred to *Feeny* and said that if the evidence is inconclusive or indefinite, it should go to the jury. He then said, at p. 136:

But where the evidence is in its nature conclusive, the Court can deal with it with equal safety and greater efficiency than a jury can. Such evidence ought not to be the only ground for ordering a new trial; it should be dealt with by the Court with finality.

And further, after admitting there was a paucity of authority and citing *Buckle*, he said, at pp. 136-37:

First principles may be invoked. They require that in the interests of justice, a case that becomes perfectly clear in this Court and can have but one ending, ought to be disposed of by this Court, and should not be sent back, through a long, expensive and difficult trial, to be disposed of by the jury in necessarily the same way.

In this Court, the Court of Appeal was confirmed by a majority. Taschereau J. said, at p. 356, that as "The fresh evidence was in its nature conclusive and did not reveal new facts that might influence a jury in coming to a conclusion", it would be appropriate to confirm the convictions. He emphasized that the accuracy of the facts contained in the improperly admitted certificates was not in issue. The Court of Appeal in acting on the evidence of the analysts was merely correcting an error upon which the jury acted and it "put the case in exactly the position in which the jury believed it to be, when they convicted the accused" (p. 356). Estey J., concurring, said, at p. 361:

On the contrary, the relevant provisions of the Criminal Code rather contemplate that the evidence so received shall form a part of the record and be considered along with the evidence taken at the trial. If the court of appeal finds that there are reasons within s. 1014(1)(a), (b) and (c) to allow the appeal, it will do so, but, if not, then under s. 1014(1)(d) it will dismiss the appeal.

He added that calling the analysts placed on the record facts which had erroneously been treated as admissible evidence at trial, stating, at p. 362, that: "In effect, it was, therefore, a change in form

Il s'est référé à l'arrêt *Feeny* pour dire que, si l'élément de preuve n'est pas concluant ni décisif, il faut le soumettre à l'appréciation du jury. Il dit alors, à la p. 136:

^a [TRADUCTION] Mais, lorsque l'élément de preuve est de nature concluante, la cour peut le traiter tout aussi sûrement et plus efficacement qu'un jury. Cet élément ne devrait pas être l'unique motif d'ordonner un nouveau procès; la cour devrait statuer définitivement sur celui-ci.

Et de plus, après avoir reconnu le manque de précédents et avoir cité l'arrêt *Buckle*, il a affirmé aux pp. 136 et 137:

^c [TRADUCTION] On peut invoquer les principes premiers. Ils exigent que, dans l'intérêt de la justice, une affaire qui devient parfaitement claire en cette cour et qui ne peut se terminer que d'une seule façon, soit tranchée par cette cour et non renvoyée, après un procès long, coûteux et difficile, pour être jugée nécessairement de la même façon par le jury.

La Cour à la majorité a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel. Le juge Taschereau a affirmé, à la p. 356, que puisque [TRADUCTION] «les éléments de preuve nouveaux étaient de nature concluante et ne révélaient aucun fait nouveau susceptible d'amener le jury à conclure dans un sens donné», il serait approprié de confirmer les déclarations de culpabilité. Il a souligné que l'exactitude des faits rapportés dans les certificats irrégulièrement admis n'était pas en cause. La Cour d'appel, en agissant sur la foi des témoignages des analystes, n'a fait que corriger une erreur en fonction de laquelle le jury avait agi et elle [TRADUCTION] «a situé l'affaire exactement au même point que le jury avait cru qu'elle était lorsqu'il a reconnu l'accusé coupable» (à la p. 356). Le juge Estey, dans ses motifs concordants, dit, à la p. 361:

^h [TRADUCTION] Au contraire, les dispositions pertinentes du Code criminel prévoient plutôt que l'élément de preuve reçu doit être versé au dossier et considéré avec les éléments de preuve soumis au procès. Si la cour d'appel constate qu'il y a des motifs, au sens des al. 1014(1)a, b) et c), d'accueillir l'appel, elle doit le faire, sinon, elle doit rejeter l'appel en vertu de l'al. 1014(1)d).

Il ajoute que la citation à témoigner des analystes a eu pour effet de verser au dossier des faits considérés, à tort, comme des éléments de preuve admissibles au procès, affirmant à la p. 362: [TRA-

rather than substance upon an issue in respect of which contentions were not raised at the trial. No reason is suggested why a jury, acting judicially, would not have come to the same conclusion". Locke J. said, at pp. 369-70:

Section 1021 permits the taking of further evidence "for the purposes of an appeal under this part." I see no ambiguity in this language nor anything in the section or elsewhere in the sections relating to criminal appeals restricting, or indicating any intention of restricting the effect to be given by the court to the further evidence in exercising its powers under section 1014. I respectfully agree with Mr. Justice Dysart that the evidence given before the Court of Appeal in this matter is as nearly conclusive as oral testimony can be and that it was within the powers of the Court to affirm the conviction and dismiss the appeals.

The same problem arose in *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (Ont. C.A.) Corroboration was required of the testimony of a witness. The corroborating witness died after giving evidence at the preliminary hearing, but before trial. At trial, it was not shown that the accused was present when the deceased witness gave evidence. The trial judge refused to reopen the case to permit evidence which would have cured the defect and acquitted the accused. On appeal, the Court of Appeal admitted the evidence, set aside the acquittals, and substituted convictions. McLennan J.A., speaking for the Court, said, at p. 390:

... the presentation of the defence could not be and was not prejudiced by the absence of formal proof that the accused was present at the preliminary inquiry when the deceased witness gave her evidence.

He added:

It would be unfortunate if the ends of justice were defeated by the inadvertence of counsel in failing to prove what is essentially a matter of form in relation to procedure and provided always that the calling of further evidence, whatever its character, is for an honest purpose and that there are no unfair consequences to the

DUCTION] «En effet, il s'agissait donc d'une modification de forme plutôt que de fond, sur un point qui n'avait pas fait l'objet de contestations au procès. On n'a soumis aucune raison pour laquelle un jury, agissant judiciairement, ne serait pas arrivé à la même conclusion». Le juge Locke dit, aux pp. 369 et 370:

[TRADUCTION] L'article 1021 permet de recevoir des éléments de preuve additionnels «Pour les fins d'appel, aux termes de la présente Partie». Je ne vois aucune ambiguïté dans ces termes ni rien dans l'article ou ailleurs dans les articles traitant des appels en matière criminelle, qui limite, ou indique quelque intention de limiter, l'effet que la cour doit donner à l'élément de preuve supplémentaire, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 1014. Avec égards, je reconnais avec le juge Dysart que la preuve dont la Cour d'appel a été saisie en l'espèce est concluante à cet égard presque autant qu'un témoignage oral peut l'être et qu'il entrerait dans les pouvoirs de la cour de confirmer la déclaration de culpabilité et de rejeter les appels.

Le même problème s'est posé dans l'affaire *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (C.A. Ont.) La déposition d'un témoin devait être corroborée. Le témoin qui devait la corroborer est décédé après avoir témoigné à l'enquête préliminaire, mais avant le procès. Au procès, il n'a pas été démontré que l'accusé était présent lorsque le témoin décédé a témoigné. Le juge de première instance a refusé de rouvrir le dossier pour permettre de recevoir la preuve qui aurait remédié au vice et a acquitté l'accusé. En appel, la Cour d'appel a admis la preuve, a annulé les acquittements et les a remplacés par des déclarations de culpabilité. Le juge McLennan, s'exprimant au nom de la cour, dit, à la p. 390:

[TRADUCTION] ... la présentation de la défense ne pouvait pas subir de préjudice, et n'en a pas subi, à cause de l'absence de preuve formelle que l'accusé était présent à l'enquête préliminaire, au moment où le témoin décédé a témoigné.

Et d'ajouter:

[TRADUCTION] Il serait malheureux que les fins de la justice soient contournées par l'inadvertance dont a fait preuve un avocat en ne prouvant pas ce qui est essentiellement une question de forme concernant la procédure, pourvu toujours que la présentation d'un élément de preuve supplémentaire, quelle qu'en soit sa nature, se

opposite party so far as the presentation of that case is concerned.

A similar problem arising in unusual circumstances was considered in *R. v. Boles* (1984), 57 A.R. 232 (C.A.) In a *per curiam* judgment, the Court followed *Kissick* and expressed the view that in acting under the powers given in s. 610 of the *Criminal Code* the Court could sustain a conviction as well as quash a conviction.

It would appear from the foregoing authorities then, that cases where the Court of Appeal has proceeded to deal conclusively with fresh evidence, without directing a new trial, have been those where the proffered evidence has gone to what may be termed technical and procedural defects, or where it has disclosed errors in the admission of evidence, and then only when the evidence itself was clearly conclusive of the issues on appeal. However, where it is not in itself so conclusive but, nevertheless, has such probative force that it could reasonably—when considered along with the other evidence adduced at trial—alter the trial verdict, it would be for the Court to order a new trial at which the trier of fact could hear and determine the issue. For an English case on this point, see *R. v. Flower*, [1966] 1 Q.B. 146 (C.C.A.)

The procedure which should be followed when an application is made to the Court of Appeal for the admission of fresh evidence is that the motion should be heard and, if not dismissed, judgment should be reserved and the appeal heard. In this way, the Court of Appeal has the opportunity to consider the question of fresh evidence against the whole background of the case and all the other evidence in the case. It is then in a position where it can decide realistically whether the proffered evidence could reasonably have been expected to affect the result of the case. If, then, having heard the appeal, the court should be of the opinion that the evidence could not reasonably have affected the result, it would dismiss the application for the

fasse dans un but honnête et qu'il n'y ait pas de conséquence injuste pour la partie adverse, en ce qui concerne la présentation de sa preuve.

Un problème semblable, apparu dans des circonstances inhabituelles, a été étudié dans l'arrêt *R. v. Boles* (1984), 57 A.R. 232 (C.A.) Dans un arrêt *per curiam*, la cour a suivi l'arrêt *Kissick* et exprimé l'avis qu'en agissant en vertu des pouvoirs conférés par l'art. 610 du *Code criminel*, elle pouvait confirmer une déclaration de culpabilité tout autant que l'annuler.

Il semblerait donc découler de la jurisprudence qui précède que, lorsque la Cour d'appel a statué définitivement sur l'élément de preuve nouveau, sans ordonner un nouveau procès, il s'agissait d'affaires où l'élément de preuve soumis visait ce qu'on peut appeler des vices de formes ou de procédure, ou encore où il avait révélé l'existence d'erreurs dans l'admission de la preuve, et alors seulement où l'élément de preuve lui-même était nettement concluant quant aux questions portées en appel. Toutefois, lorsque l'élément de preuve n'est pas en lui-même concluant à ce point, mais qu'il revêt néanmoins une force probante telle qu'il serait raisonnable de penser qu'il pourrait, pris conjointement avec les autres éléments de preuve soumis au procès, modifier le verdict rendu au procès, la cour devrait alors ordonner un nouveau procès pour permettre au juge des faits d'être saisi de la question et de statuer sur celle-ci. Pour un précédent anglais à ce sujet, voir l'arrêt *R. v. Flower*, [1966] 1 Q.B. 146 (C.C.A.)

La procédure qui devrait être suivie lorsque la Cour d'appel est saisie d'une demande d'admission d'éléments de preuve nouveaux consiste à entendre la requête pour ensuite, si elle n'est pas rejetée, la mettre en délibéré et entendre l'appel. De cette façon, la Cour d'appel a la possibilité d'examiner la question des éléments de preuve nouveaux en fonction de l'ensemble de l'affaire et de tous les autres éléments de preuve s'y rapportant. Elle est alors en mesure de décider réalistement si on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la preuve offerte influe sur l'issue de l'affaire. Alors, si après avoir entendu l'appel, la cour était d'avis qu'on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que cette preuve influe sur l'issue du procès, elle

introduction of fresh evidence and proceed to a disposition of the appeal. On the other hand, if it should be of the view that the fresh evidence is of such nature and effect that, taken with the other evidence, it would be conclusive of the issues in the case, the Court of Appeal could dispose of the matter then and there. Where, however, the fresh evidence does not possess that decisive character which would allow an immediate disposition of the appeal but, nevertheless, has sufficient weight or probative force that if accepted by the trier of fact, when considered with the other evidence in the case, it might have altered the result at trial, the Court of Appeal should admit the proffered evidence and direct a new trial where the evidence could be heard and the issues determined by the trier of fact. This approach is consistent with that taken in *Palmer, supra*, where it was said, at pp. 776-77:

Because the evidence was not available at trial and because it bears on a decisive issue, the inquiry in this case is limited to two questions. Firstly, is the evidence possessed of sufficient credibility that it might reasonably have been believed by the trier of fact? If the answer is no that ends the matter but if yes the second question presents itself in this form. If presented to the trier of fact and believed, would the evidence possess such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result? If the answer to the second question is yes, the motion to adduce new evidence would have to succeed and a new trial be directed at which the evidence could be introduced.

This statement must be read, however, subject to the power of the Court of Appeal to deal with the matter when the proffered evidence is clear and conclusive of the result.

After this appeal had been heard, the Court invited submissions from counsel on the question of whether the Court of Appeal, having admitted the evidence without reserving judgment on the preliminary motion, could on further consideration and on its own motion amend its order and reject the evidence. I do not consider it necessary, however, to consider the limits of power of a court to so amend its orders. Nobody sought to have the

rejetterait la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux, pour ensuite statuer sur l'appel. D'autre part, si elle était d'avis que les éléments de preuve nouveaux sont de telle nature que, joints aux autres éléments de preuve, ils seraient concluants quant aux points en litige, la Cour d'appel pourrait alors statuer séance tenante sur l'affaire. Toutefois, si les éléments de preuve nouveaux n'ont pas ce caractère décisif qui permet de statuer immédiatement sur l'appel et qu'ils ont néanmoins suffisamment de poids ou de force probante pour être susceptible, si le juge des faits les accepte et s'ils sont pris conjointement avec les autres éléments de preuve offerts, d'influer sur l'issue du procès, la Cour d'appel devrait alors les admettre et ordonner un nouveau procès où le juge des faits pourrait être saisi de ces éléments et statuer en conséquence. Ce point de vue est conforme à celui adopté dans l'arrêt *Palmer*, précité, où il est dit, aux pp. 776 et 777:

Puisque la déposition n'était pas disponible au procès et qu'elle porte sur une question décisive, l'étude en l'espèce se limite à deux points. Premièrement, la déposition présente-t-elle suffisamment de vraisemblance pour que le juge du fond ait raisonnablement pu la croire? Si la réponse est négative, la question est réglée, mais si elle est affirmative, il faut se poser la seconde question en ces termes. Si la déposition est présentée au juge du fond qui y ajoute foi, aura-t-elle un poids et une force probante tels qu'elle puisse, compte tenu des autres éléments de preuve produits, influencer sur le résultat? Si la réponse à la seconde question est affirmative, la requête en production de nouveaux éléments de preuve doit être accueillie et un nouveau procès ordonné au cours duquel la déposition pourra être produite.

Toutefois, ce passage doit être interprété en fonction du pouvoir qu'a la Cour d'appel de statuer sur l'affaire lorsque les éléments de preuve offerts sont clairs et décisifs.

Après avoir procédé à l'audition du pourvoi, la Cour a invité les avocats à débattre la question de savoir si la Cour d'appel, après avoir admis les éléments de preuve sans mettre en délibéré la requête préliminaire, pouvait, après plus ample examen et de son propre chef, modifier son ordonnance et rejeter lesdits éléments de preuve. Je n'estime pas nécessaire cependant d'examiner les limites du pouvoir d'un tribunal de modifier ainsi

court reconsider its position on the matter and it did not purport to do so. I am in agreement with the written submission of counsel for the appellant that the issue, therefore, is not before us.

In considering the case now before us, I would make no comment on the weight of the new evidence which was admitted in the Court of Appeal. I would say that the Court of Appeal, having admitted the fresh evidence—and it must be assumed they did so on the basis that it could reasonably have affected the result—could not later conclude that it had no such effect, for to do so would have been to encroach upon the jury's role and weigh the evidence themselves. The evidence, once admitted, could have been relied upon to dispose of the appeal only if it were clearly decisive. It is clear that the Court did not regard it in that light. In such circumstances, then, a new trial was required where the evidence could be weighed and dealt with by a jury. I would add that the questioned evidence is not, in my view, of such nature as to permit the Court of Appeal to dispose of the matter without a new trial. It is not in itself conclusive. It does not go to any formal or procedural defect; it is simply documentary evidence which is said to support the evidence of the wife of the appellant which, in turn, goes to the movements and whereabouts of the appellant at certain times and was thus relevant to the question of his participation in the crime and his guilt or innocence. I would allow the appeal and direct a new trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

ses ordonnances. Nul n'a demandé à la cour de réviser sa position sur le sujet et elle ne paraît pas l'avoir fait. Je souscris à l'argumentation écrite de l'avocat de l'appelant portant que nous ne sommes donc pas saisi de la question.

Pour ce qui est de l'espèce dont nous sommes saisis, je ne me prononce pas sur le poids des éléments de preuve nouveaux admis en Cour d'appel. Je me contenterai de dire que la Cour d'appel, ayant admis les éléments de preuve nouveaux, et il faut présumer qu'elle les a admis parce qu'il était raisonnable de croire qu'ils auraient pu influencer sur l'issue du procès, ne pouvait par la suite conclure qu'ils n'avaient pas cet effet, car si elle l'avait fait, elle aurait empiété sur le rôle du jury et aurait apprécié les éléments de preuve elle-même. Les éléments de preuve, une fois admis, pouvaient être invoqués pour statuer sur l'appel seulement s'ils étaient clairement décisifs. Il est manifeste que la Cour d'appel ne les a pas considérés dans cette optique. Alors, dans de telles circonstances, il était nécessaire d'avoir un nouveau procès où le jury pourrait apprécier la preuve et statuer sur celle-ci. J'ajouterais que les éléments de preuve controversés ne sont pas, à mon avis, de nature telle qu'ils autorisent la Cour d'appel à statuer sur la question sans un nouveau procès. Il ne sont pas concluants en soi. Ils ne visent pas quelque vice de forme ou de procédure; il s'agit simplement d'éléments de preuve documentaire dont on dit qu'ils appuient le témoignage de la femme de l'appelant qui, à son tour, porte sur les allées et venues de l'appelant à certains moments, et qui étaient donc pertinents quant à la question de sa participation au crime et de sa culpabilité ou de son innocence. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

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

Gerald M. Snyder *Appellant*

v.

The Montreal Gazette Limited *Respondent*

INDEXED AS: SNYDER v. MONTREAL GAZETTE LTD.

File No.: 17888.

1987: June 8; 1988: March 24.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Torts — Defamation — Non-pecuniary damages — Assessment — Whether jury's award of \$135,000 unreasonable — Publication of judgment.

Appellant, a nationally known personality, brought actions for defamation against a police officer and various media as a consequence of the publication and broadcast of a news item identifying him as a representative of the Jewish Mafia suspected of having contacts with organized crime. Only the action against respondent has been heard by the courts, the other seven having been stayed in the meantime. At the trial, the judge admitted evidence of the other seven actions brought by appellant, but he clearly instructed the jury to assess only the damage caused by respondent, regardless of any damage possibly flowing from the conduct of other media. The jury found that appellant had been a victim of defamation and awarded him \$135,000 as non-pecuniary damages. The trial judge affirmed the verdict and ordered the judgment published. On appeal a majority of the Court of Appeal held that the amount awarded by the jury was unreasonable, set the compensation at \$13,500 and quashed the order to publish the judgment. This appeal is to determine (1) whether the jury's verdict awarding appellant \$135,000 for non-pecuniary damages was unreasonable; and (2) whether appellant was entitled to a publication order under s. 13 of the *Press Act*.

Held (McIntyre and Lamer JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Beetz and Wilson JJ.: The reasons given by the majority of the Court of Appeal for concluding that the compensation awarded by the jury was unreasonable are vitiated by error. Although the compensation seems high the trial judge did not err in ruling that the jury's estimate was not so grossly inflated

Gerald M. Snyder *Appellant*

c.

The Montreal Gazette Limited *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: SNYDER c. MONTREAL GAZETTE LTD.

N° du greffe: 17888.

1987: 8 juin; 1988: 24 mars.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c

Responsabilité civile — Diffamation — Dommages moraux — Évaluation — L'indemnité de 135 000 \$ accordée par le jury était-elle déraisonnable? — Publication du jugement.

d

L'appelant, une personnalité connue nationalement, a intenté des actions en diffamation contre un agent de police et divers médias à la suite de la publication et de la diffusion d'une nouvelle l'identifiant comme un représentant de la mafia juive soupçonné d'avoir des contacts dans le milieu du crime organisé. Seule l'action contre l'intimée a été entendue par les tribunaux, les autres ayant été suspendues dans l'intervalle. Au procès, le juge a admis en preuve les sept autres actions intentées par l'appelant, mais il a clairement indiqué au jury de n'évaluer que le préjudice causé par l'intimée, abstraction faite du préjudice éventuel découlant des actes des autres médias. Le jury a conclu que l'appelant avait été victime de diffamation et lui a accordé une indemnité de 135 000 \$ au titre des dommages moraux. Le juge du procès a entériné le verdict et a ordonné la publication du jugement. En appel, la majorité de la Cour d'appel a jugé que le montant accordé par le jury était déraisonnable, a fixé l'indemnité à 13 500 \$ et a annulé l'ordonnance de publication du jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le verdict du jury accordant à l'appelant une indemnité de 135 000 \$ pour dommages moraux était déraisonnable; et (2) si l'appelant avait droit à une ordonnance de publication en vertu de l'art. 13 de la *Loi sur la presse*.

e

Arrêt (les juges McIntyre et Lamer sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli.

f

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz et Wilson: Les motifs retenus par la majorité de la Cour d'appel pour conclure que l'indemnité accordée par le jury est déraisonnable sont des motifs entachés d'erreurs. Quoique l'indemnité paraisse élevée, le juge de première instance n'a pas erré en droit en décidant que l'évalua-

as to be branded as unreasonable, in the light of all the circumstances of the case. The trial court judgment should be restored, including the publication order, unless appellant waives this order.

Per McIntyre and Lamer JJ. (dissenting in part): In Quebec civil law, the defamation victim is entitled to full compensation of the loss sustained, both for the pecuniary and non-pecuniary loss. As the assessment of non-pecuniary damages is arbitrary, given the difficulty of objectively measuring those damages in pecuniary terms, a reference level should be set in Quebec law to guide the courts in their assessment and to avoid excessive awards. Aside from exceptional circumstances, therefore, it will not be necessary to award any amount greater than \$50,000 (in 1978 dollars, the year of the trial judgment, now \$100,000) to compensate in full for the non-pecuniary loss resulting from an attack on reputation. The judicial policy decision does not impair the principle of full compensation. The reference level does not constitute an upper limit that would prevent the courts from compensating the total non-pecuniary loss actually proven. The courts nevertheless must still guard against overcompensation. The compensation should not conceal a punitive purpose. The temporary nature of the loss suffered, the compensatory effect of the judgment obtained and the moderation displayed by Quebec courts in assessing the non-pecuniary loss in defamation cases are other reasons that justify the award of a maximum of \$50,000.

In the case at bar, the award of \$135,000 by the jury is well above the amount of \$50,000 and clearly unreasonable. The trial judge made an error in affirming the verdict. However, the majority of the Court of Appeal erred in concluding that the verdict was unreasonable on the assumption that persons not parties to the action would eventually be held liable, and then reducing respondent's share in proportion to the entire amount of compensation claimed by appellant. It is premature for a court to rule on the outcome of other actions in the absence of the parties involved. A court cannot decide the issue submitted to it on the basis of such conclusions. As appellant chose to bring separate actions and respondent decided not to implead the third parties sued in those actions, the court can only rule on the damages caused by respondent.

tion du jury n'était pas exorbitante au point d'être qualifiée de déraisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce. Le jugement de première instance est donc rétabli, y compris l'ordonnance de publication, sauf si l'appellant renonce à cette ordonnance.

Les juges McIntyre et Lamer (dissidents en partie): En droit civil québécois, la victime d'une diffamation a droit à une réparation intégrale du préjudice subi, tant pour ses dommages moraux que pour ses dommages matériels. Toutefois, comme l'évaluation des dommages moraux est arbitraire, vu la difficulté de mesurer objectivement un tel préjudice en termes pécuniaires, il convient de fixer, en droit québécois, un point de repère pour guider les tribunaux dans leur évaluation et pour éviter l'octroi de sommes extravagantes. Sauf circonstances exceptionnelles, il ne sera donc pas nécessaire d'accorder un montant supérieur à 50 000 \$ (en dollars de 1978, année du jugement de première instance, aujourd'hui 100 000 \$) pour compenser intégralement le préjudice moral découlant d'une atteinte à la réputation. Cette décision de politique judiciaire ne fait pas violence au principe de la réparation intégrale du préjudice subi. Le point de repère ne constitue pas un plafond qui empêcherait les tribunaux de compenser tous les dommages moraux effectivement prouvés. Mais il faut quand même veiller à ne pas «surindemniser». La compensation ne doit pas non plus receler une dimension punitive. Le caractère temporaire du préjudice subi, l'effet réparateur du jugement obtenu et la modération manifestée par les tribunaux québécois dans l'évaluation des dommages moraux en matière de diffamation sont d'autres considérations qui justifient l'octroi d'une somme maximale de 50 000 \$.

En l'espèce, l'indemnité de 135 000 \$ accordée par le jury dépasse considérablement la somme de 50 000 \$ et est nettement déraisonnable. Le juge du procès a donc commis une erreur en entérinant le verdict. La majorité de la Cour d'appel a toutefois eu tort de conclure au caractère déraisonnable du verdict en présument de la responsabilité éventuelle de tiers au litige dont elle était saisie, pour ensuite réduire la part de l'intimée de façon proportionnelle à l'ensemble du dédommagement réclamé par l'appellant. Il est prématuré pour un tribunal de se prononcer sur l'issue d'autres actions lorsque les parties en cause ne sont pas devant lui. Il ne peut régler le litige dont il est saisi en s'appuyant sur de telles conclusions. Compte tenu du choix de l'appellant d'instituer des recours distincts et de la décision de l'intimée de ne pas mettre en cause les tiers ainsi poursuivis, le tribunal ne pouvait statuer que sur les dommages causés par l'intimée.

The errors made by the trial judge and the Court of Appeal provide a basis for this Court to substitute its conclusions for those of the jury in determining the reasonable amount to which appellant is entitled. There is no doubt that appellant suffered serious injury as a result of respondent's wrongful act. But this case is not an exceptional one justifying an award greater than \$50,000, nor is it a case in which that amount should be reached. The amount of \$35,000 represents a reasonable and sufficient compensation in the circumstances.

As this judgment does not affirm all the trial judge's findings, it is not appropriate to order publication of his reasons. However, in the circumstances, appellant is entitled to a publication order. Respondent will therefore publish the English version of the instant judgment in a place as conspicuous as the article which gave rise to the litigation.

Cases Cited

By Lamer J. (dissenting in part)

Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd., [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Imprimerie Populaire Ltée v. Hon. L. A. Taschereau* (1922), 34 K.B. 554; *Langlois v. Drapeau*, [1962] Q.B. 277; *Flamand v. Bienvenue*, [1971] R.P. 49; *Lachapelle v. Véronneau*, [1980] C.S. 1136; *Blanchet v. Corneau*, [1985] C.S. 299; *Trahan v. Imprimerie Gagné Ltée*, [1987] R.J.Q. 2417; *Flamand v. Bonneville*, [1976] C.S. 1580; *Desrosiers v. Publications Claude Daigneault Inc.*, [1982] C.S. 613; *Goupil v. Publications Photo-Police Inc.*, [1983] C.S. 875; *Poirier v. Leblanc*, [1983] C.S. 1214; *Côté v. Syndicat des travailleuses et travailleurs municipaux de la ville de Gaspé*, J.E. 87-720; *McGregor v. Montreal Gazette Ltd.*, [1982] C.S. 900; *Dimanche-Matin Ltée v. Fabien*, J.E. 83-971.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 3, 49.
Code of Civil Procedure, S.Q. 1965, c. 80, arts. 332-381.
Jurors Act, S.Q. 1976, c. 9, s. 56.
Press Act, R.S.Q. 1977, c. P-19, s. 13.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais, 1985.
Bissonnette, Christine. *La diffamation civile en droit québécois*. Thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1983.

Les erreurs du premier juge et de la Cour d'appel autorisent cette Cour à substituer son appréciation à celle du jury pour déterminer le montant raisonnable auquel l'appellant a droit. Il ne fait aucun doute que l'appellant a subi un préjudice grave par la faute de l'intimée. Mais il ne s'agit pas d'un cas exceptionnel justifiant une indemnité supérieure à 50 000 \$, ni non plus d'un cas où ce montant devrait être atteint. En l'espèce, la somme de 35 000 \$ représente un dédommagement raisonnable et suffisant.

Étant donné que la présente décision ne confirme pas toutes les conclusions du juge de première instance, il ne convient pas d'ordonner la publication de son jugement. Cependant, dans les circonstances, l'appellant a le droit d'obtenir une ordonnance de publication. L'intimée devra donc publier la version anglaise du présent jugement dans un endroit aussi en vue que l'article ayant donné lieu au litige.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer (dissident en partie)

Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd., [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Imprimerie Populaire Ltée c. Hon. L. A. Taschereau* (1922), 34 B.R. 554; *Langlois c. Drapeau*, [1962] B.R. 277; *Flamand c. Bienvenue*, [1971] R.P. 49; *Lachapelle c. Véronneau*, [1980] C.S. 1136; *Blanchet c. Corneau*, [1985] C.S. 299; *Trahan c. Imprimerie Gagné Ltée*, [1987] R.J.Q. 2417; *Flamand c. Bonneville*, [1976] C.S. 1580; *Desrosiers c. Publications Claude Daigneault Inc.*, [1982] C.S. 613; *Goupil c. Publications Photo-Police Inc.*, [1983] C.S. 875; *Poirier c. Leblanc*, [1983] C.S. 1214; *Côté c. Syndicat des travailleuses et travailleurs municipaux de la ville de Gaspé*, J.E. 87-720; *McGregor c. Montreal Gazette Ltd.*, [1982] C.S. 900; *Dimanche-Matin Ltée c. Fabien*, J.E. 83-971.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 3, 49.
Code de procédure civile, S.Q. 1965, chap. 80, art. 332 à 381.
Loi sur la presse, L.R.Q. 1977, chap. P-19, art. 13.
Loi sur les jurés, L.Q. 1976, chap. 9, art. 56.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais, 1985.
Bissonnette, Christine. *La diffamation civile en droit québécois*. Thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1983.

Gatley, Clement Carpenter. *Gatley on Libel and Slander*, 7th ed. By Sir Robert McEwen and Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1974.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 604, 5 D.L.R. (4th) 206, allowing in part the appeal of respondent from a judgment of the Superior Court, [1978] C.S. 628, 87 D.L.R. (3d) 5, affirming a jury verdict awarding appellant compensation of \$135,000. Appeal allowed, McIntyre and Lamer JJ. dissenting in part.

Claude-Armand Sheppard, for the appellant.

Daniel H. Tingley and *Mark Bantey*, for the respondent.

English version of the judgment of Dickson C.J. and Beetz and Wilson JJ. delivered by

BEETZ J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my brother Lamer and I adopt his statement of the facts, the judgments of the courts below and the points at issue.

Like Lamer J., I consider that the reasons given by the majority of the Court of Appeal for concluding that the compensation awarded by the jury was unreasonable are vitiated by error.

With respect for the contrary view, however, I am unable to say that this compensation is unreasonable on other grounds.

Although the compensation seems high and is not necessarily what I would have determined, respondent did not persuade me that the trial judge erred in ruling as follows:

This Court is not prepared to say that the jury's estimate is so grossly inflated as to be branded as unreasonable, in the light of all the circumstances of the case.

([1978] C.S. 628, at pp. 635-36)

I concur in substance with the reasons of L'Heureux-Dubé J.A., dissenting in the Court of Appeal, and in particular with the following:

[TRANSLATION] . . . I would not look for bases of comparison in this matter in France, the United States or

Gatley, Clement Carpenter. *Gatley on Libel and Slander*, 7th ed. By Sir Robert McEwen and Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1974.

^a POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 604, 5 D.L.R. (4th) 206, qui a accueilli en partie l'appel de l'intimée contre un jugement de la Cour supérieure, [1978] C.S. 628, 87 D.L.R. (3d) 5, qui avait entériné le verdict ^b d'un jury qui accordait une indemnité de 135 000 \$ à l'appelant. Pourvoi accueilli, les juges McIntyre et Lamer sont dissidents en partie.

Claude-Armand Sheppard, pour l'appelant.

^c *Daniel H. Tingley* et *Mark Bantey*, pour l'intimée.

^d Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz et Wilson a été rendu par

^e LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Lamer et je m'en rapporte à son exposé des faits, des jugements d'instance inférieure et des questions en litige.

^f Comme le juge Lamer, je suis d'avis que les motifs retenus par la majorité en Cour d'appel pour conclure que l'indemnité accordée par le jury est déraisonnable sont des motifs entachés d'erreurs.

^g Mais, avec égards pour l'opinion contraire, je suis incapable de dire que cette indemnité est déraisonnable pour d'autres motifs.

^h Quoique l'indemnité me paraisse élevée et qu'elle ne corresponde pas nécessairement à celle que j'aurais fixée, l'intimée ne m'a pas persuadé que le premier juge a erré en décidant comme suit:

[TRANSLATION] Cette cour n'est pas prête à dire que l'évaluation du jury était exorbitante au point d'être qualifiée de déraisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce.

ⁱ ([1978] C.S. 628, aux pp. 635 et 636)

^j Je suis d'accord en substance avec les motifs du juge L'Heureux-Dubé, dissidente en Cour d'appel, et particulièrement avec les suivants:

. . . je n'irais chercher ni en France, ni aux États-Unis, ni même dans les pays du Commonwealth, des mesures de

even the Commonwealth countries. Custom, usage and the law are so different there that, in my opinion, such comparisons cannot serve as useful guides for our courts.

([1983] C.A. 604, at p. 623)

For these reasons I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the Superior Court judgment, including the order to publish the aforesaid judgment unless appellant waives this order, the whole with costs throughout.

English version of the reasons of McIntyre and Lamer JJ. delivered by

LAMER J. (dissenting in part)—In the opinion of a jury, *The Montreal Gazette Limited* damaged the reputation of Mr. Gerald Snyder by publishing a defamatory article. The effect of this judgment is to order *The Montreal Gazette Limited* to pay Mr. Snyder, a resident of Montréal, the sum of \$35,000, with interest at 10 percent annually as of May 27, 1975, and costs.

Facts

In 1975, appellant was a member of the Montréal City Council, a position he had held since 1957, and Vice-President for Revenue of the Olympic Games Organizing Committee (COJO). He was also a member of COJO's Board of Directors and Executive Committee, discharging important functions which gave him a national profile.

On March 13, 1975, *The Gazette*, a Montréal daily newspaper, published a front-page article by Mr. Steve Kowch titled "Former city official called member of 'Jewish Mafia'". Without naming appellant, but unequivocally identifying him, this article related the testimony given by an officer of the Quebec Provincial Police in the course of an inquiry by the Quebec Police Commission into a matter totally unrelated to the appellant. The article mentioned that appellant was regarded as a representative of the Jewish Mafia and suspected of having contacts with organized crime.

comparaison en cette matière. Les mœurs, les usages, le droit y sont tellement différents que ces comparaisons ne sauraient, à mon avis, servir de guides utiles à nos Tribunaux.

^a ([1983] C.A. 604, à la p. 623)

Pour ces raisons, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure, y compris l'ordonnance de publication du jugement susdit, sauf si l'appelant renonce à cette ordonnance. Le tout avec dépens dans toutes les cours.

^c Les motifs des juges McIntyre et Lamer ont été rendus par

^d LE JUGE LAMER (dissident en partie)—De l'avis d'un jury, *The Montreal Gazette Limited* a porté atteinte à la réputation de M. Gerald Snyder en publiant un article diffamatoire. Le présent jugement a pour effet de condamner *The Montreal Gazette Limited* à payer à M. Snyder, résident de Montréal, la somme de 35 000 \$, avec intérêts au ^e taux annuel de 10 pour 100 à compter du 27 mai 1975, ainsi que les dépens.

Les faits

^f En 1975, l'appelant était membre du Conseil municipal de la ville de Montréal, charge qu'il occupait depuis 1957, ainsi que vice-président Revenu du Comité d'organisation des Jeux olympiques (COJO). Également membre du conseil d'administration et du comité exécutif du COJO, il ^g exerçait d'importantes fonctions qui en faisaient une personnalité connue nationalement.

^h Le 13 mars 1975, *The Gazette*, quotidien mont-réalais, publiait à la une un article de M. Steve Kowch intitulé «Former city official called member of «Jewish Mafia»». Sans nommer l'appelant, mais en l'identifiant de façon non équivoque, cet article relatait le témoignage rendu par un ⁱ agent de la Sûreté du Québec dans le cadre d'une enquête de la Commission de police du Québec sur une affaire totalement étrangère à l'appelant. L'article mentionnait que l'appelant était considéré comme le représentant de la mafia juive et ^j soupçonné d'avoir des contacts dans le milieu du crime organisé.

The officer's testimony was given on the afternoon of March 12; that same evening a radio station broadcast the news and a press agency wired it to its members during the night. On the following morning the article in question appeared in *The Gazette*, and two other dailies published articles similar in content. On the same day, a second radio station broadcast an interview with reporter Kowch and another press agency wired the rumour throughout the country. As a consequence of these events appellant brought eight actions for defamation against the police officer and the various newspapers, radio stations and press agencies concerned, including respondent. Only the action against respondent was heard by the courts, the other seven having been stayed in the meantime.

Judgments

The trial took place before a judge and jury pursuant to arts. 332-381 of the *Code of Civil Procedure* (since repealed by S.Q. 1976, c. 9, s. 56). The jury found that none of the allegations mentioned in the article in question was true and that appellant had been defamed. Deschênes C.J. admitted evidence of the other seven actions brought by appellant, but he clearly instructed the jury to assess only the damage caused by respondent, regardless of any damage possibly flowing from the conduct of other media. He also pointed out that the jury was not to impose punitive damages, but to award the plaintiff fair and just compensation for the loss suffered. The jury dismissed appellant's claims for pecuniary damages but awarded him \$135,000 as non-pecuniary damages.

In his written judgment affirming the jury verdict ([1978] C.S. 628), Deschênes C.J. agreed that the evidence justified the finding of defamation and the absence of compensation for pecuniary loss; only compensation for non-pecuniary loss had to be considered. In his opinion, the reasonableness of that compensation depends primarily on the value that society places on the reputation of individuals, especially those in public life. After reviewing French, British, Canadian and Quebec

Le témoignage de l'agent a été rendu dans l'après-midi du 12 mars; le même soir, une station de radio diffusait la nouvelle et une agence de presse la transmettait à ses membres pendant la nuit. Dans la matinée du lendemain, l'article en cause paraissait dans *The Gazette*, et deux autres quotidiens publiaient des articles de teneur analogue. Le même jour, une deuxième station de radio diffusait une entrevue avec le reporter Kowch et une autre agence de presse transmettait la rumeur à l'échelle du pays. À la suite de ces événements, l'appelant a intenté huit actions en diffamation contre l'agent de police et les divers journaux, stations de radio et agences de presse en cause, y compris l'intimée. Seule l'action contre cette dernière a été entendue par les tribunaux, les sept autres ayant été suspendues dans l'intervalle.

Les jugements

En première instance, le procès a eu lieu devant juge et jury, en vertu des art. 332 à 381 du *Code de procédure civile* (abrogés depuis par L.Q. 1976, chap. 9, art. 56). Le jury a conclu qu'aucune des allégations mentionnées dans l'article en cause n'était vraie et que l'appelant avait été victime de diffamation. Le juge en chef Deschênes a admis la preuve des sept autres actions intentées par l'appelant, mais il a clairement indiqué au jury de n'évaluer que le préjudice causé par l'intimée, abstraction faite du préjudice éventuel découlant des actes des autres médias. Il a également précisé que le jury ne devait pas imposer des dommages punitifs, mais bien accorder au demandeur une indemnité juste et équitable pour le préjudice subi. Rejetant les revendications de l'appelant en matière de dommages matériels, le jury lui a néanmoins accordé une indemnité de 135 000 \$ au titre des dommages moraux.

Dans son jugement écrit entérinant le verdict du jury ([1978] C.S. 628), le juge en chef Deschênes confirme que la preuve justifiait la conclusion relative à la diffamation et l'absence d'indemnisation en matière de dommages matériels; seule l'indemnité pour dommages moraux doit être examinée. Selon lui, le caractère raisonnable de cette indemnité dépend principalement de la valeur que la société attribue à la réputation des individus, surtout ceux qui occupent une charge publique.

precedents, the judge observed that a jury is especially apt at determining the value placed by society on the reputation of an honest man. In light of all the circumstances, he considered that the jury's estimate was not so grossly inflated as to be unreasonable and that the verdict should be affirmed. In accordance with the jury's wishes, the defendant was ordered to publish the judgment in full at its own expense, in as conspicuous a place in the newspaper as the defamatory article had occupied.

Ayant passé en revue la jurisprudence française, britannique, canadienne et québécoise, le juge déclare qu'un jury est particulièrement apte à déterminer la valeur que la société attribue à la réputation d'un honnête homme. Compte tenu de toutes les circonstances, il est d'avis que l'estimation du jury n'est pas exagérée au point d'être déraisonnable et que le verdict doit être confirmé. *a* Donnant suite aux vœux du jury, le juge condamne *b* la défenderesse à publier à ses frais le texte intégral du jugement, dans un endroit du journal aussi en vue que l'article diffamatoire.

By a majority judgment the Quebec Court of Appeal ([1983] C.A. 604) varied the jury verdict, set the compensation for non-pecuniary loss at \$13,500 and quashed the order to publish the judgment. In the view of Owen J.A., an award of \$135,000 for non-pecuniary damages caused by appellant, independently of the damages resulting from the publication of similar statements by other media, is patently unreasonable. In a judgment released contemporaneously (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229), the Supreme Court of Canada set the compensation for non-pecuniary loss, awarded to a young man who became a quadriplegic as the result of an accident, at \$100,000. As the anguish and suffering of a person whose reputation has been attacked, but vindicated by a judgment holding such attacks unjustified, is not anywhere near the anguish and suffering of a quadriplegic, Owen J.A. considered that the compensation awarded in the case at bar should be considerably less than \$100,000. In his opinion, in view of the other seven actions brought by the plaintiff, the jury must have concluded that the total non-pecuniary damages were practically one million dollars, which demonstrated that the verdict was unreasonable. In his eight actions, plaintiff claimed compensation amounting to over 27 times the \$100,000 upper limit set by the Supreme Court of Canada; as the amount of \$13,500 proposed by appellant corresponds to 1/27 of the amount claimed against appellant, Owen J.A. considered this a reasonable proposal. He therefore would have disposed of the appeal as did Monet J.A.

Par une décision majoritaire, la Cour d'appel du Québec ([1983] C.A. 604) a modifié le verdict du jury, fixé à 13 500 \$ l'indemnité relative au préjudice moral et annulé l'ordonnance de publication du jugement. Pour le juge Owen, une indemnité de 135 000 \$ pour dommages moraux causés par l'appelante, indépendamment du préjudice découlant de la publication de déclarations analogues par d'autres médias, est nettement déraisonnable. Dans un arrêt contemporain au jugement (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229), la Cour suprême du Canada a établi à 100 000 \$ l'indemnité pour préjudice non pécuniaire accordée à un jeune homme devenu tétraplégique à la suite d'un accident. Comme les souffrances morales d'une personne dont la réputation a été attaquée, mais rétablie par un jugement déclarant ces attaques injustifiées, sont loin d'être comparables au préjudice moral subi par un tétraplégique, le juge Owen est d'avis que l'indemnité accordée en l'espèce doit être considérablement inférieure à 100 000 \$. Selon lui, compte tenu des sept autres actions intentées par le demandeur, le jury doit avoir estimé que le préjudice moral total se chiffrait à près d'un million de dollars, ce qui démontre le caractère déraisonnable du verdict. Dans ses huit actions, le demandeur revendique un montant qui équivaut à plus de 27 fois le plafond de 100 000 \$ fixé par la Cour suprême du Canada; comme le montant de 13 500 \$ proposé par l'appelante correspond à 1/27 du montant revendiqué à son encontre, le juge Owen considère que cette proposition est raisonnable. Il disposerait donc de l'appel de la même façon que le juge Monet.

Monet J.A., while concurring with the reasons of Owen J.A., noted that the plaintiff had not proved the slightest pecuniary loss and expressed his disapproval of the amount proposed by the plaintiff as representing the loss he had suffered from the defamation. After reviewing the evidence submitted to the jury, he concluded that the trial judge had not sufficiently explained to the jury that certain factors could mitigate the non-pecuniary loss suffered. Under the *Code of Civil Procedure*, the Court of Appeal has a wide discretionary power to reverse a jury verdict: in Monet J.A.'s opinion, it would be an error of law and equity not to reverse it in the case at bar. Earlier decisions indicate that the courts exercise moderation in awarding non-pecuniary damages in defamation cases. The courts do not contribute to the development of the law by outbidding each other. Publication of the judgment is an excellent means of compensation for non-pecuniary loss, but as the Court could only order publication of its own judgment, such remedial function was limited in the case at bar. The amount of \$13,500 suggested by appellant is as good as any other. Monet J.A. accordingly allowed the appeal, directed appellant to pay \$13,500 with interest at 10 percent as of May 27, 1975 and deleted the publication order from the conclusions of the trial judgment.

L'Heureux-Dubé J.A., dissenting, recognized that the jury award was considerable and far in excess of amounts awarded for defamation in Canada. However, the only issue was whether this verdict was so unreasonable that the Court of Appeal should substitute its opinion for that of the jury. She found that the judge had properly explained to the jury the factors that could mitigate the damages awarded; if the jury did not take them into account as appellant would have liked, that was not a sufficient reason for the Court to intervene. The assessment of damages is necessarily subjective: no one can be blamed for placing a high price on his honour. Like the trial judge, L'Heureux-Dubé J.A. considered that the jury was in a good position to determine the value placed by society on the reputation of a public official. She

Tout en souscrivant aux motifs du juge Owen, le juge Monet souligne que le demandeur n'a pas réussi à prouver le moindre dommage matériel et exprime sa désapprobation à l'égard du montant auquel le demandeur chiffre le préjudice qu'il a subi du fait de la diffamation. Après avoir revu la preuve présentée au jury, il conclut que le juge de première instance n'a pas suffisamment expliqué au jury que certains facteurs étaient susceptibles d'atténuer le préjudice moral subi. En vertu du *Code de procédure civile*, la Cour d'appel dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour réformer le verdict du jury; selon le juge Monet, ce serait une erreur en droit et en équité de ne pas le réformer en l'espèce. La jurisprudence démontre que les tribunaux font preuve de modération en matière de dommages moraux dans les cas de diffamation. En pratiquant le jeu de la surenchère, les tribunaux ne contribuent pas à l'évolution du droit. La publication du jugement est un excellent mode de réparation du préjudice moral, mais comme la Cour ne saurait ordonner que la publication de son propre jugement, cette fonction réparatrice est limitée en l'espèce. Le montant de 13 500 \$ proposé par l'appelante est aussi valable qu'un autre. En conséquence, le juge Monet accueille l'appel, condamne l'appelante à payer 13 500 \$ avec intérêts au taux de 10 pour 100 depuis le 27 mai 1975 et retranche du dispositif du jugement de première instance l'ordonnance de publication.

Pour sa part, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, reconnaît que l'indemnité accordée par le jury est considérable et dépasse largement les sommes accordées en matière de diffamation au Canada. Toutefois, la seule question qui se pose est de déterminer si ce verdict est déraisonnable au point où la Cour d'appel doit substituer son opinion à celle du jury. Elle constate que le juge a bien exposé au jury les facteurs de nature à mitiger les dommages accordés; si le jury n'en a pas tenu compte comme le voudrait l'appelante, cela ne suffit pas pour que la Cour intervienne. La mesure du préjudice est nécessairement subjective; on ne peut reprocher à quiconque d'évaluer chèrement son honneur. À l'instar du juge de première instance, le juge L'Heureux-Dubé estime que le jury est bien placé pour déterminer la valeur que la

would therefore not have substituted her opinion for that of the jury.

Issues

This appeal essentially raises two issues: (1) whether the jury's verdict awarding appellant a \$135,000 compensation for non-pecuniary loss is unreasonable; (2) whether appellant is entitled to a publication order under s. 13 of the *Press Act*, R.S.Q. 1977, c. P-19.

I—Whether Jury's Verdict Unreasonable

The powers of a trial judge and of the Court of Appeal in jury trials were defined in the old arts. 380 and 381 respectively of the *Code of Civil Procedure*, as follows:

380. The judge shall render judgment in conformity with the verdict unless it appears to him to be unreasonable.

381. The judgment is subject to appeal in the same manner as any final judgment of the Superior Court. The Court of Appeal may confirm or reverse the judgment or order a new trial, applying the remedy by which it considers that the ends of justice will best be attained, even if it has not been specifically demanded.

For the Court of Appeal to intervene in the judgment *a quo* and substitute its assessment of the damages for that of the jury, there must be an error on the part of the trial judge. Such error can be of two kinds: the judge either misdirected the jury or affirmed an unreasonable verdict. In either case, the Court of Appeal has the power to determine the compensation it considers to be reasonable in the circumstances.

In the case at bar, Monet J.A. found certain errors in Deschênes C.J.'s charge to the jury. In my opinion, his directions to the jury were generally correct. A judge's charge to the jury must be considered as a whole: if the jury is properly directed as to its duties, the limits of its authority and the applicable law, the directions are then in principle unimpeachable. It is unnecessary to examine every minor detail. The fact that in the

société accorde à la réputation d'une personne qui accepte d'occuper une charge publique. Elle refuserait donc de substituer son opinion à celle du jury.

^a Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève essentiellement deux questions: 1) le verdict du jury accordant à l'appellant une indemnité de 135 000 \$ pour dommages moraux est-il déraisonnable? 2) l'appellant a-t-il droit à une ordonnance de publication en vertu de l'art. 13 de la *Loi sur la presse*, L.R.Q. 1977, chap. P-19?

^c *I—Le verdict du jury est-il déraisonnable?*

En matière de procès par jury, les pouvoirs du juge de première instance et ceux de la Cour d'appel étaient définis respectivement aux anciens art. 380 et 381 du *Code de procédure civile* ainsi libellés:

380. Le juge doit rendre jugement suivant le verdict, à moins que celui-ci ne lui paraisse déraisonnable.

381. Le jugement est sujet à appel, comme tout autre jugement final de la Cour supérieure, et la Cour d'appel peut soit le confirmer, soit le réformer, soit ordonner un nouveau procès, appliquant le remède qui lui paraît le plus propre à remplir les fins de la justice, même s'il n'a pas été spécialement demandé.

Pour que la Cour d'appel puisse intervenir dans le jugement *a quo*, et substituer son évaluation des dommages à celle du jury, il faut que le juge de première instance ait commis une erreur. Celle-ci peut être de deux ordres: soit que le juge a donné au jury des directives erronées, soit qu'il a entériné un verdict déraisonnable. Dans l'un ou l'autre cas, la Cour d'appel peut alors déterminer l'indemnité qu'elle estime raisonnable dans les circonstances.

En l'espèce, le juge Monet relève certaines erreurs dans les propos que le juge en chef Deschênes a adressés au jury. À mon avis, ce dernier a, de façon générale, convenablement instruit le jury. Les directives d'un juge doivent s'apprécier dans leur ensemble; si le jury est bien instruit sur le devoir qui lui incombe, sur les limites de sa compétence et sur le droit applicable, les directives sont alors en principe à l'abri de tout reproche. Il n'y a

Court of Appeal's opinion the directions could have been better worded does not justify its intervention.

The majority of the Court of Appeal further concluded that the amount awarded by the jury was unreasonable and that the trial judge had made an error in affirming this verdict. Though the Court was right on this point I consider, with respect, that this conclusion is based on erroneous grounds. The Court of Appeal assumed that other persons who are not parties to the case at bar, but were sued by appellant in separate actions, are indeed liable. No evidence was submitted at trial as to the fault of those third parties or the damages they allegedly caused. Owen J.A. wrote at pp. 622-23:

In assessing *The Gazette's* share of Mr. Snyder's total non-pecuniary damages at 135 000 \$, the jury must have concluded that the total amount of Mr. Snyder's non-pecuniary damages arising from the defamation was many times greater than 135 000 \$. In the action against *The Gazette* Mr. Snyder claimed as non-pecuniary damages 367 680 \$. In the seven other actions Mr. Snyder claimed as non-pecuniary damages a total of 2 312 855 \$. To arrive at the figure of 135 000 \$ as *The Gazette's* share of Mr. Snyder's non-pecuniary damages the jury, if acting reasonably, must have calculated that Mr. Snyder's total non-pecuniary damages were practically 1 000 000 \$.

In the eight actions taken by Mr. Snyder the total amount claimed for non-pecuniary damages is 2 680 535 \$. For the reasons set out above, I consider the upper limit for total non-pecuniary damages in the eight actions to be less than 100 000 \$. In other words in the eight actions Mr. Snyder is claiming at least 27 times the upper limit. Dividing the total amount claimed in the eight actions, 2 680 535 \$, by 27 gives a quotient of 99 279 \$. Dividing the sum claimed in the action against *The Gazette*, 367 680 \$, by 27 gives a quotient of 13 618 \$. This is another indication that the figure of 13 500 \$ is a reasonable amount.

It is apparent that, in his calculations, Owen J.A. assumed that appellant would succeed in each

pas lieu de se pencher sur le moindre détail. Ce n'est pas parce que les directives auraient pu, de l'avis de la Cour d'appel, être mieux formulées que cela justifie son intervention.

^a La majorité de la Cour d'appel a en outre conclu que le montant accordé par le jury était déraisonnable et que le juge de première instance a commis une erreur en confirmant ce verdict. Quoiqu'elle ait raison sur ce point, j'estime cependant, avec respect, qu'elle a fondé cette conclusion sur des motifs erronés. Elle a en effet tenu pour acquies la responsabilité des autres personnes qui ne sont pas parties au présent litige, mais qui sont poursuivies par l'appellant dans des actions distinctes. Or, aucune preuve n'a été présentée en première instance quant à la faute de ces tiers et quant aux dommages que ces derniers auraient causés. Le juge Owen écrit, aux pp. 622 et 623:

[TRADUCTION] En fixant à 135 000 \$ la part de *The Gazette* dans l'indemnité totale réclamée par M. Snyder au titre du préjudice moral, le jury a dû conclure que le montant total des dommages moraux subis par M. Snyder à cause de la diffamation allait nettement dépasser cette somme. Dans l'action qu'il a intentée contre *The Gazette*, M. Snyder a demandé 367 680 \$ à titre de dommages-intérêts pour le préjudice moral et, dans les sept autres actions, un total de 2 312 855 \$. Donc, en évaluant à 135 000 \$ la part de *The Gazette* dans l'indemnité à payer en raison du préjudice moral subi par M. Snyder, le jury, s'il a agi raisonnablement, a dû estimer que celui-ci a en fait subi un préjudice moral s'élevant à près de 1 000 000 \$.

^g Dans les huit actions qu'il a intentées, M. Snyder réclame au total 2 680 535 \$ pour le préjudice moral. Or, pour les raisons déjà exposées, j'estime que le plafond en ce qui concerne l'indemnité totale pouvant être accordée au titre du préjudice moral dans les huit actions est inférieur à 100 000 \$. En d'autres termes, M. Snyder réclame dans les huit actions au moins 27 fois ce plafond. En effet, si l'on divise par 27 la somme totale de 2 680 535 \$ réclamée dans les huit actions, cela donne 99 279 \$. En divisant également par 27 la somme de 367 680 \$ réclamée dans l'action contre *The Gazette*, on obtient un quotient de 13 618 \$. Voilà donc une raison de plus de croire que la somme de 13 500 \$ constitue une indemnité raisonnable.

^j Il est manifeste que, dans ses calculs, le juge Owen présume que l'appellant obtiendra gain de

of the actions brought. However, proof of the other actions does not indicate whether the faults alleged by appellant in each case are separate, joint or contributory. It is also impossible to say whether those faults resulted in damages separate from those caused by respondent or merely contributed to bringing about those damages. In my opinion it is premature for a court to rule on the outcome of other actions in the absence of the parties involved. A court cannot decide the issue submitted to it on the basis of such conclusions.

I am not indifferent to Owen J.A.'s concerns about the impact of the other actions brought by appellant on the assessment of the damages caused by *The Gazette*. However, as appellant chose to bring separate actions and respondent decided not to implead the third parties sued in those actions, the Court's jurisdiction is limited to ruling only on the damages caused exclusively by *The Gazette*.

The trial judge ruled that evidence of the seven other actions brought by appellant was admissible. While the Court of Appeal was wrong to use this evidence as it did, the trial judge, in the exercise of his discretion, could admit it in order to give the jury an overall view of the situation and enable it to assess more effectively the relative importance of the fault committed by respondent. However, the judge was careful to point out to the jury that the amount awarded should reflect only the damages caused to appellant by respondent. The verdict returned by the jury is undoubtedly the result of an informed decision, since the jury had benefited from proper directions and had before it all the relevant information. With respect, the majority of the Court of Appeal erred in concluding that the verdict was unreasonable on the assumption that persons not parties to the action would eventually be held liable, and then by reducing respondent's share in proportion to the total amount claimed by appellant.

Is the compensation awarded nonetheless unreasonable on other grounds? The jury concluded that appellant had proven no pecuniary loss as a result

cause dans chacune des actions intentées. Toutefois, la preuve des autres poursuites ne permet pas de déterminer si les fautes alléguées par l'appellant dans chaque cas sont distinctes, conjointes ou contributives. Il est également impossible d'établir si ces mêmes fautes ont entraîné un préjudice distinct de celui causé par l'intimée, ou si elles ont simplement contribué à la réalisation de ce préjudice. À mon avis, il est prématuré pour un tribunal de se prononcer sur l'issue d'autres actions lorsque les parties en cause ne sont pas devant lui. Il ne peut régler le litige dont il est saisi en s'appuyant sur de telles conclusions.

Je ne suis pas insensible aux préoccupations du juge Owen quant à l'impact des autres poursuites intentées par l'appellant sur le calcul des dommages causés par *The Gazette*. Mais, compte tenu du choix de l'appellant d'instituer des recours distincts et de la décision de l'intimée de ne pas mettre en cause les tiers ainsi poursuivis, la compétence du tribunal est limitée à ne statuer que sur les dommages causés exclusivement par *The Gazette*.

Le juge de première instance a déclaré admissibles en preuve les sept autres actions intentées par l'appellant. Alors que la Cour d'appel a eu tort de se servir de cette preuve comme elle l'a fait, il était loisible au juge, dans l'exercice de sa discrétion, de l'admettre afin de donner au jury une vue d'ensemble de la situation et de lui permettre de mieux évaluer l'importance relative de la faute commise par l'intimée. Le juge a cependant pris soin de préciser au jury que le montant accordé par ce dernier ne devait refléter que le préjudice causé à l'appellant par l'intimée. Le verdict rendu par le jury est sûrement le fruit d'une décision éclairée, puisqu'il a bénéficié de directives appropriées et qu'il avait en main toutes les données pertinentes. Avec égards, la majorité de la Cour d'appel a eu tort de conclure au caractère déraisonnable du verdict en présumant de la responsabilité éventuelle de tiers au litige dont elle était saisie, pour ensuite réduire la part de l'intimée de façon proportionnelle à l'ensemble du dédommagement réclamé par l'appellant.

L'indemnité octroyée est-elle néanmoins déraisonnable pour d'autres motifs? Selon le jury, l'appellant n'a prouvé aucun dommage matériel du fait

of the defamation and he therefore received nothing in this regard. The \$135,000 awarded to appellant thus represents only non-pecuniary loss suffered by him. These damages are offered to the victim to compensate for the humiliation, suffering, scorn, embarrassment and ridicule he was subjected to as a result of the defamation. As in principle compensation cannot be made in kind, it generally consists of a sum of money. It is far from easy to do justice in this area. The amount awarded is necessarily arbitrary, in view of the difficulty of measuring objectively such loss in pecuniary terms, especially when it concerns someone else's reputation. It is precisely because this exercise is based on empirical considerations rather than on a mathematical and scientific operation that extravagant claims for this type of loss should not be allowed by the courts.

The Court of Appeal's judgment indicates its concern to restrain the compensation awarded for non-pecuniary loss. In support of his opinion that the verdict was unreasonable, Owen J.A. referred to the upper limit established by this Court in 1978 in the "trilogy": *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287. In those cases Dickson J., as he then was, established that a maximum of \$100,000 may be awarded as compensation for non-pecuniary loss resulting from physical injuries.

According to Owen J.A., the amounts awarded for non-pecuniary loss in a defamation case also should not exceed this limit. Such a comparison is certainly conceivable, as both cases involve non-pecuniary loss which is difficult to determine objectively. However, Owen J.A. gives no reason for applying this upper limit to compensation for an attack on reputation. Should an upper limit be placed on non-pecuniary loss for defamation in Quebec law?

Under the Quebec civil law, the general rule for the assessment of damages is contained in the axiom *restitutio in integrum*. In other words, com-

de la diffamation et n'a donc rien reçu à ce titre. La somme de 135 000 \$ allouée à l'appelant ne représente ainsi que les dommages moraux qu'il a subis. Ces dommages constituent la réparation offerte à la victime pour l'humiliation, les souffrances, le mépris, l'embarras, le ridicule qu'elle a ressentis à la suite de la diffamation. Comme cette réparation ne peut, en principe, s'effectuer en nature, elle consiste généralement en une somme d'argent. Rendre justice dans ce domaine est loin d'être aisé. En effet, le montant accordé est forcément arbitraire, vu la difficulté de mesurer objectivement un tel préjudice en termes pécuniaires, surtout qu'il s'agit de la réputation d'un autre. C'est précisément parce qu'il s'agit davantage d'un exercice fondé sur des données empiriques que d'une opération mathématique et scientifique, qu'il faut éviter de faire droit à des réclamations extravagantes sous ce chef.

Le jugement de la Cour d'appel laisse d'ailleurs entrevoir le souci de cette dernière de modérer les indemnités accordées pour dommages moraux. Afin d'étayer son opinion sur le caractère déraisonnable du verdict, le juge Owen fait référence au plafond établi en 1978 par cette Cour dans la «trilogie»: *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité; *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287. Dans ces arrêts, le juge Dickson, alors juge puîné, établit qu'un maximum de 100 000 \$ peut être octroyé pour compenser le préjudice moral découlant d'une atteinte à l'intégrité corporelle.

D'après le juge Owen, les montants adjugés pour dommages moraux en matière de diffamation ne devraient pas, eux non plus, excéder cette limite. Ce rapprochement est certes concevable, car il s'agit dans les deux cas de préjudices moraux difficilement appréciables de façon objective. Toutefois, le juge Owen ne donne aucune raison qui justifierait l'application de ce plafond à l'indemnité pour atteinte à la réputation. Y a-t-il lieu en droit québécois de reconnaître un plafond en matière de dommages moraux pour diffamation?

En droit civil québécois, le principe général de l'attribution des dommages s'exprime par le brocard *restitutio in integrum*. En d'autres termes, la

pensation must be made in full, that is, it must place the victim in the same position he would have been if the incident had not occurred. He is entitled to compensation both for his non-pecuniary and pecuniary loss. As compensation must cover all the loss sustained, the concept of an upper limit is inconsistent with the principle of full compensation. Clearly compensation cannot be denied for part of the loss sustained nor can the amount of money awarded for pecuniary loss, which is objectively calculated once the damage has been proven, be limited. Similarly, non-pecuniary loss must be compensated in full, even if it is not as easy to assess as pecuniary loss. However, as the determination of the award for non-pecuniary loss falls within the realm of the arbitrary and subjective, a reference level should be established to facilitate the determination of this amount. Such a judicial policy decision does not in my opinion impair the principle *restitutio in integrum* rule.

It should be emphasized that I do not propose to impose an upper limit that would prevent the courts from compensating the total non-pecuniary loss actually proven. The objective rather is to set parameters to which judges may refer in determining the monetary compensation to be awarded. In such an arbitrary matter, guidelines have to be established to ensure equal treatment of plaintiffs.

To this end I think that in practice, the circumstances in which a victim of defamation will have to be paid more than \$50,000 in order to be fully compensated for his non-pecuniary loss will be extremely rare. Naturally, as we must determine the reasonableness of the verdict at the time of the trial judgment, this amount is expressed in 1978 dollars. At the present time, allowing for inflation, it corresponds to approximately \$100,000 (Statistics Canada, All-Items Consumer Price Index, December 1987).

réparation doit être intégrale, c'est-à-dire qu'il faut remplacer la victime dans la situation dans laquelle elle aurait été si l'incident ne s'était pas produit. Elle a droit à compensation tant pour ses dommages moraux que pour ses dommages matériels. L'indemnité doit ainsi réparer tout le préjudice subi; c'est pourquoi la notion d'un plafond est incompatible avec le principe de la réparation intégrale. Il est évident qu'on ne pourrait refuser la réparation d'une partie du préjudice subi ou encore limiter le montant en argent accordé à titre d'indemnité pour les dommages matériels, qui se calculent de façon objective, dans la mesure où ces dommages sont prouvés. De la même façon, on doit indemniser intégralement le préjudice moral, même si celui-ci est moins facile à déterminer que le préjudice matériel. Toutefois, comme l'évaluation du montant de l'indemnité servant à compenser le préjudice moral fait appel à l'arbitraire et à la subjectivité, il convient de fixer un point de repère qui facilite la détermination de ce montant. Aussi, cette décision de politique judiciaire ne fait-elle pas violence, à mon avis, au principe *restitutio in integrum*.

Il n'est surtout pas question, soulignons-le, d'un plafond qui empêcherait les tribunaux de compenser tous les dommages moraux effectivement prouvés. Il s'agit plutôt de fixer des paramètres auxquels les juges peuvent se référer lorsqu'ils doivent ensuite chiffrer en argent l'indemnité à accorder. Dans un domaine aussi arbitraire, il faut en effet s'entendre sur des lignes directrices afin d'assurer une certaine égalité de traitement d'un cas à l'autre.

À cette fin, j'estime qu'en pratique, extrêmement rares seront les cas où il faudra verser à la victime d'une diffamation un montant supérieur à 50 000 \$ pour lui assurer une réparation pleine et entière de son préjudice moral. Naturellement, comme nous devons nous replacer à l'époque du jugement de première instance pour apprécier le caractère raisonnable du verdict, ce montant est exprimé en dollars de 1978. À l'heure actuelle, compte tenu de l'inflation, il se chiffre à environ 100 000 \$ (Statistique Canada, Indices d'ensemble des prix à la consommation, décembre 1987).

The Court is not here adopting the upper limit of the trilogy established under the common law system. I wish however to point out that I am not deciding whether it is appropriate to adopt a reference level in cases of non-pecuniary loss resulting from physical injuries. I simply consider that it is desirable to set reference points in Quebec law to guide the courts in assessing non-pecuniary damages resulting from a defamation.

In fixing a sum of money to compensate a defamation victim for his pain and suffering, the court is undeniably making a purely arbitrary decision. Can the judge objectively place a price on pain, humiliation and anguish? As such a determination is not based on any mathematical calculation, he can easily get carried away and award compensation beyond all accepted limits. Although the victim is entitled to full compensation, the court must still ensure that he is not overcompensated. Compensation should not be a means of enriching him at the expense of the offending party.

I am in any case inclined to be wary of high amounts designed to compensate for non-pecuniary loss, as it is hard to know whether such amounts do not to some extent conceal a punitive aspect. Apart from certain exceptional cases such as s. 49 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, Quebec civil law does not recognize the award of punitive damages:

[TRANSLATION] The damages awarded to a victim of an offence or quasi-offence are intended solely as compensation. The indemnity is calculated so as to take account of the loss actually suffered and the gain lost. It must be determined in light of the compensation owed, not the penalty for wrongful or reckless conduct by the offender. In theory, therefore, there can be no question of punitive or exemplary damages. The voluntary or involuntary nature of the act causing the damage is also not a factor. This rule, applied by the Quebec courts, has been approved by a judgment of the Supreme Court of Canada.

(Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1985), p. 108, No. 187.)

Il ne s'agit pas ici d'emprunter le plafond de la trilogie, établi dans le cadre du système de *common law*. Je tiens cependant à préciser que je ne me prononce pas sur l'opportunité d'adopter également un point de repère dans les cas de dommages moraux à la suite d'une atteinte à l'intégrité corporelle. Je considère simplement qu'il y a lieu de fixer, en droit québécois, des balises pour guider la magistrature dans l'évaluation des dommages moraux en matière de diffamation.

On ne peut nier que le tribunal qui fixe une somme d'argent pour compenser les souffrances morales de la victime d'une diffamation prend une décision purement arbitraire. Le juge peut-il, objectivement, attribuer un prix à la douleur, à l'humiliation et à l'angoisse? Comme cette évaluation ne repose sur aucun calcul mathématique, il peut aisément se laisser emporter et accorder une indemnité dépassant toute commune mesure. Bien que la victime ait droit à une réparation intégrale, il faut tout de même veiller à ne pas la «surindemniser». La compensation ne doit pas être pour elle une source d'enrichissement au détriment du fautif.

Je suis d'ailleurs enclin à me méfier des montants élevés qui visent à compenser le préjudice moral subi, car il est difficile de savoir si, dans une certaine mesure, ces montants ne recèleraient pas une dimension punitive. Or, sauf exception, tel l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12, le droit civil québécois n'admet pas l'attribution de dommages punitifs:

Les dommages accordés à la victime d'un délit ou quasi-délit ont uniquement une fonction compensatoire. L'indemnité est calculée de façon à tenir compte de la perte effectivement subie et du gain manqué. Elle doit être évaluée en fonction de la réparation due et non de la sanction d'une conduite répréhensible ou insouciante de la part de l'auteur du délit. Il ne peut donc être question, en principe, de dommages punitifs ou exemplaires. Le caractère volontaire ou involontaire de l'acte qui a causé le dommage n'entre pas non plus en ligne de compte. Ce principe, appliqué par la jurisprudence québécoise, a d'ailleurs été sanctionné par un arrêt de la Cour suprême du Canada.

(Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1985), p. 108, No. 187.)

However, among the criteria relied on by the Quebec courts in estimating the non-pecuniary loss in defamation cases are the seriousness of the act, the good or bad faith and the intent of the offender, and these are all criteria with a punitive connotation: see Bissonnette, *La diffamation civile en droit québécois* (Thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1983), at p. 400. In general, if these factors are present the court is prepared to increase this item of damage: see Baudouin, *op. cit.*, at pp. 160-61. There is thus reason to believe that the higher the amount of the indemnity, the more likely it is to have a punitive aspect. In my opinion this aspect should disappear from our system, where the rule is to compensate the victim, not to punish the offending party.

Additionally, the non-pecuniary loss suffered by a victim of defamation is in general temporary, since the suffering he experiences diminishes with the passage of time. However serious the defamation, people eventually forget the humiliating remarks made or written about the victim and the pain he has suffered gradually loses its edge. This temporary quality is a further reason which, to me, justifies the award of a maximum of \$50,000 as full compensation for the damages caused in this regard.

Moreover, a person defamed who sues successfully obtains a judgment which restores his reputation; the publicity surrounding both the trial and its outcome and the possible publication of the judgment, which is authorized by the *Press Act*, are all means of providing partial or total compensation for the non-pecuniary loss. In other words, a court action allows the victim to cleanse his honour and applies a balm to his pain and suffering.

It can also be seen from the case law that Quebec courts have traditionally exercised restraint in assessing non-pecuniary damages for defamation. They have generally awarded amounts ranging from \$500 to \$5,000: *Imprimerie Populaire Ltée v. Hon. L. A. Taschereau* (1922), 34 K.B. 554—\$1,000, or publication of the judgment

Cependant, parmi les critères d'appréciation sur lesquels se fonde la jurisprudence québécoise pour évaluer le préjudice moral en matière de diffamation, on retrouve notamment la gravité de l'acte, la bonne ou mauvaise foi et l'intention de l'auteur de la faute, qui sont autant de critères à connotation punitive: voir Bissonnette, *La diffamation civile en droit québécois* (Thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1983) à la p. 400. En général, si ces facteurs sont présents, le tribunal est porté à majorer ce chef de dommages: voir Baudouin, *op. cit.*, aux pp. 160 et 161. Il y a donc lieu de croire que plus le montant de l'indemnité est élevé, plus il est susceptible de comporter une dimension punitive. À mon avis, cette dimension doit disparaître dans notre système, où le principe est de compenser la victime et non de punir le fautif.

Par ailleurs, le préjudice moral que subit la victime de diffamation est généralement de nature temporaire, puisque les souffrances qu'elle ressent s'atténuent avec le passage du temps. Quelque grave que soit la diffamation, les gens finissent par oublier les propos humiliants prononcés ou écrits sur la victime et la peine qui l'afflige perd peu à peu son acuité. Ce caractère temporaire est une considération additionnelle qui justifie, à mes yeux, l'octroi d'une somme maximale de 50 000 \$ pour réparer pleinement les dommages causés à ce titre.

De surcroît, la personne diffamée qui se pourvoit en justice avec succès obtient un jugement qui rétablit sa réputation; la publicité qui entoure tant le procès que son dénouement, ainsi que la publication éventuelle du jugement, laquelle est autorisée par la *Loi sur la presse*, sont autant de moyens qui constituent une réparation, partielle ou totale, du préjudice moral. En d'autres termes, l'action en justice permet à la victime de laver son honneur et verse un baume sur ses souffrances morales.

On constate également, à la lumière de la jurisprudence, que les tribunaux québécois ont toujours fait preuve de retenue dans l'évaluation des dommages moraux en matière de diffamation. Ils accordent en général des montants qui varient entre 500 \$ et 5 000 \$: *Imprimerie Populaire Ltée c. Hon. L. A. Taschereau* (1922), 34 B.R. 554—

and \$500; *Langlois v. Drapeau*, [1962] Q.B. 277—\$2,000; *Flamand v. Bienvenue*, [1971] R.P. 49 (Sup. Ct.)—\$2,000; *Lachapelle v. Véronneau*, [1980] C.S. 1136—\$2,000; *Blanchet v. Corneau*, [1985] C.S. 299—\$4,500; *Trahan v. Imprimerie Gagné Ltée*, [1987] R.J.Q. 2417 (Sup. Ct.)—\$2,000. Moreover, the highest awards rarely exceed \$20,000: *Flamand v. Bonneville*, [1976] C.S. 1580—\$12,000 (appealed; settled out of court); *Desrosiers v. Publications Claude Daigneault Inc.*, [1982] C.S. 613—\$20,000; *Goupil v. Publications Photo-Police Inc.*, [1983] C.S. 875—\$15,000 (appealed; settled out of court); *Poirier v. Leblanc*, [1983] C.S. 1214—\$10,000; *Côté v. Syndicat des travailleuses et travailleurs municipaux de la ville de Gaspé*, J.E. 87-720 (Sup. Ct.)—\$10,000; *McGregor v. Montreal Gazette Ltd.*, [1982] C.S. 900—\$50,000 (appealed; settled out of court); *Dimanche-Matin Ltée v. Fabien*, J.E. 83-971 (C.A.)—\$35,000. Apart from rare exceptions, the amounts awarded fall within a quite limited range. As the assessment of non-pecuniary loss is arbitrary, judges seem to instinctively recognize a limit which they are not prepared to exceed. This limit is generally quite low.

At common law, however, the courts have shown greater generosity. In the case at bar the trial judge reviewed the amount awarded by the courts in defamation cases. In addition to Quebec and France precedents, he consulted the case law of the United Kingdom and the other Canadian provinces. In my opinion, he should have limited himself to compensation awarded by Quebec courts, since different factors are used to determine non-pecuniary damages at common law. In addition to compensatory damages the common law allows the award of aggravated and punitive damages (*Gatley, Gatley on Libel and Slander* (7th ed. 1974), at pp. 1356-61). As we have seen, at civil law damages have a purely compensatory purpose. As the indemnity is often awarded in the form of a lump sum, it is impossible in a judgment rendered under the common law to know what portion of that sum is compensatory or punitive. Any com-

1 000 \$, ou publication du jugement et 500 \$; *Langlois c. Drapeau*, [1962] B.R. 277—2 000 \$; *Flamand c. Bienvenue*, [1971] R.P. 49 (C.S.)—2 000 \$; *Lachapelle c. Véronneau*, [1980] C.S. 1136—2 000 \$; *Blanchet c. Corneau*, [1985] C.S. 299—4 500 \$; *Trahan c. Imprimerie Gagné Ltée*, [1987] R.J.Q. 2417 (C.S.)—2 000 \$. D'autre part, les indemnités les plus élevées dépassent rarement 20 000 \$: *Flamand c. Bonneville*, [1976] C.S. 1580—12 000 \$ (appel interjeté; règlement extrajudiciaire); *Desrosiers c. Publications Claude Daigneault Inc.*, [1982] C.S. 613—20 000 \$; *Goupil c. Publications Photo-Police Inc.*, [1983] C.S. 875—15 000 \$ (appel interjeté; règlement extrajudiciaire); *Poirier c. Leblanc*, [1983] C.S. 1214—10 000 \$; *Côté c. Syndicat des travailleuses et travailleurs municipaux de la ville de Gaspé*, J.E. 87-720 (C.S.)—10 000 \$; *McGregor c. Montreal Gazette Ltd.*, [1982] C.S. 900—50 000 \$ (appel interjeté; règlement extrajudiciaire); *Dimanche-Matin Ltée c. Fabien*, J.E. 83-971 (C.A.)—35 000 \$. Sauf de rares exceptions, les montants octroyés se situent à l'intérieur d'un cadre assez limité. L'évaluation du préjudice moral étant arbitraire, les juges semblent s'imposer d'instinct une limite qu'ils ne sont pas prêts à franchir. Cette limite est, en général, peu élevée.

En common law toutefois, les tribunaux se sont montrés plus généreux à cet égard. En l'espèce, le juge de première instance a passé en revue les montants accordés par les tribunaux dans les cas de diffamation. Outre des arrêts du Québec et de la France, il a consulté la jurisprudence de l'Angleterre et des autres provinces canadiennes. À mon avis, il suffit de s'attarder aux indemnités octroyées par les tribunaux québécois, puisqu'en *common law*, les dommages moraux s'apprécient selon des facteurs différents. En plus des dommages compensatoires, la *common law* permet d'accorder des dommages aggravés et des dommages punitifs (*Gatley, Gatley on Libel and Slander* (7th ed. 1974), aux pp. 1356 à 1361). Or, comme nous l'avons vu, les dommages en droit civil ont une fonction purement compensatoire. L'indemnité étant souvent accordée sous forme de somme forfaitaire, il est alors impossible, dans un jugement de *common law*, de savoir quelle fraction de cette somme est compensatoire ou punitive. Toute com-

parison between the two systems is accordingly difficult to make.

Though it is a secondary consideration, there is one other factor that must be taken into account in defamation cases. These often involve newspapers, press agencies and radio or television stations. In coming to the rescue of a defamation victim, the courts must not overlook the fact that the written and spoken press is indispensable and is an essential component of a free and democratic society. Moreover, both the Quebec and Canadian Charters recognize the importance of the press (s. 3 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* and s. 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*). If information agencies are ordered to pay large amounts as the result of a defamation the danger is that their operations will be paralyzed or indeed, in some cases, that their very existence may be endangered. Although society undoubtedly places a great value on the reputation of its members that value, as it is subjective, cannot be so high as to threaten the functioning or the very existence of the press agencies which are essential to preserve a right guaranteed by the Charters.

In sum, in view of the arbitrary nature of the compensation awarded for non-pecuniary loss, the risk that it may have a punitive aspect, the temporary nature of the loss suffered, the compensatory effect of the judgment obtained and the moderation displayed by Quebec courts, I think that aside from truly exceptional cases it will not be necessary to award an amount greater than \$50,000 (now \$100,000) to compensate in full for the non-pecuniary loss resulting from an attack on reputation. Certainly, Quebec courts have never awarded compensation for non-pecuniary loss in a defamation case which comes even close to this limit. However, the concern for moderation should not lead us to underestimate the intrinsic value of reputation. There are many people who would prefer to suffer heavy pecuniary losses rather than to be lowered in the esteem of their friends. The reference level set by this judgment accordingly seems to me to be fair and reasonable because, while it may serve to prevent the award of extrava-

parison entre les deux systèmes s'avère donc difficile.

Quoiqu'il s'agisse d'une considération secondaire, il reste un autre facteur dont il faut tenir compte dans les affaires de diffamation. Souvent, celles-ci mettent en cause des journaux, des agences de presse, des stations de radio ou de télévision. La justice qui vient en aide à la victime d'une diffamation ne doit pas oublier que la presse écrite et parlée est indispensable et constitue une valeur essentielle dans une société libre et démocratique. D'ailleurs, les Chartes québécoise et canadienne en reconnaissent l'importance (art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et art. 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*). En condamnant un organe d'information à verser une somme considérable à la suite d'une diffamation, on risque d'en paralyser le fonctionnement, voire, dans certains cas, de mettre en péril son existence même. Bien que la société attache sans doute une grande valeur à la réputation de ses membres, cette valeur, comme elle est subjective, ne peut être élevée au point de menacer le bon fonctionnement, sinon l'existence des organes de presse essentiels à la sauvegarde d'un droit garanti par les Chartes.

En résumé, étant donné la nature arbitraire de l'indemnité accordée pour dommages moraux, le risque qu'elle comporte une dimension punitive, le caractère temporaire du préjudice subi, l'effet réparateur du jugement obtenu et la modération manifestée par les tribunaux québécois, je crois que, sauf dans les cas vraiment exceptionnels, il ne sera pas nécessaire d'accorder un montant supérieur à 50 000 \$ (aujourd'hui 100 000 \$) pour compenser intégralement le préjudice moral découlant d'une atteinte à la réputation. Certes, la jurisprudence québécoise n'a jamais accordé d'indemnité pour dommages moraux en matière de diffamation qui approche, même de loin, cette limite. Mais il ne faudrait pas, par souci de modération, sous-estimer la valeur intrinsèque de la réputation. Nombreux sont ceux qui préféreraient essayer de lourdes pertes matérielles plutôt que de se sentir diminués dans l'estime de leur entourage. Le point de repère établi par le présent jugement me paraît donc équitable et raisonnable, parce que,

gant claims, it is sufficiently high to encourage the courts to take into consideration the undoubted importance of reputation.

As the \$135,000 award in the case at bar is well above the reference level, namely \$50,000 in 1978, the Court is bound to conclude that the jury's verdict was clearly unreasonable. I accordingly consider that the trial judge made an error in affirming this verdict. The errors made by the trial judge and the Court of Appeal accordingly provide a basis for this Court to substitute its conclusions for those of the jury in determining the reasonable amount to which appellant is entitled.

The size of the amount awarded to appellant in the Superior Court indicates that in the jury's opinion the damage caused by respondent was very serious. In its judgment the Court of Appeal reduced this compensation by simply accepting the amount of \$13,500 suggested by *The Gazette*; the majority found that this estimate was as good as any other, but as we have already indicated this decision was based on an unjustified extrapolation. In my view the defamation was serious, but the loss suffered is not such as to make the case an exceptional one justifying compensation above the reference level, nor is it a case in which that reference level should be reached. I accordingly consider that in view of the \$50,000 reference level, the amount of \$35,000 represents reasonable and sufficient compensation in the circumstances. This compensation will bear interest as of May 27, 1975, at the annual rate of 10 percent agreed on by the parties.

This amount compensates only for the damages caused by respondent. In the absence of any evidence and of the parties concerned, I cannot make a ruling here on the possible liability of the parties to the other actions brought by appellant. If several faults contributed to the damages caused by respondent, respondent may ask the courts to allocate liability by a recursory action. If necessary, the other parties sued by appellant may avail themselves, successfully or otherwise depending on the circumstances, the compensation already obtained from a third party (other than a third

tout en voulant servir de frein à l'octroi de réclamations extravagantes, il est suffisamment élevé pour inciter les tribunaux à tenir compte de l'importance indiscutable de la réputation.

^a Comme l'indemnité de 135 000 \$ accordée en l'espèce dépasse considérablement le point de repère, soit 50 000 \$ en 1978, force nous est de conclure que le verdict du jury est nettement déraisonnable. En conséquence, je suis d'avis que le juge de première instance a commis une erreur en entérinant ce verdict. Les erreurs du juge de première instance et de la Cour d'appel autorisent donc cette Cour à substituer son appréciation à celle du jury pour déterminer le montant raisonnable auquel l'appellant a droit.

L'importance du montant octroyé à l'appellant en Cour supérieure démontre qu'aux yeux du jury, le préjudice causé par l'intimée était très grave. Dans son jugement, la Cour d'appel a réduit cette indemnité en acceptant simplement le montant de 13 500 \$ proposé par *The Gazette*; la majorité considérait que cette estimation était aussi valable qu'une autre, mais elle s'est fondée sur une extrapolation injustifiée dont nous avons déjà fait mention. À mon avis, il y a eu une diffamation grave, mais les dommages subis ne sont pas tels qu'il s'agirait d'un cas exceptionnel justifiant une indemnité supérieure au point de repère, ni non plus d'un cas où ce point de repère devrait être atteint. Je crois donc que, eu égard au point de repère de 50 000 \$, la somme de 35 000 \$ représente en l'instance un dédommagement raisonnable et suffisant. Cette indemnité porte intérêt depuis le 27 mai 1975 au taux annuel de 10 pour 100 convenu par les parties.

^h Ce montant compense uniquement le préjudice causé par l'intimée. Quant aux autres poursuites intentées par l'appellant, en l'absence de preuve et des parties en cause, je ne puis me prononcer ici sur la responsabilité éventuelle de ces dernières. Si tant est que plusieurs fautes ont contribué au préjudice causé par l'intimée, il appartiendra à celle-ci de rechercher le partage par une action en recursory. Le cas échéant, les autres parties poursuivies par l'appellant pourront opposer à ce dernier, avec ou sans succès selon les circonstances, la compensation déjà obtenue d'un tiers (autre qu'un

party contractually liable to make such compensation). Finally, if separate faults caused additional damages, it will be for the courts hearing such cases to determine their extent.

II—*Publication of Judgment*

Appellant is asking that the trial judgment be restored in its entirety, including the order to publish in full the judgment of Deschênes C.J. This order is authorized by s. 13 of the *Press Act*, which reads as follows:

13. Every judgment condemning a newspaper at fault must be published in the said newspaper, and at its expense, on the order of the court which rendered the judgment, under penalty of contempt of court.

As this judgment does not affirm all the trial judge's findings, it is not appropriate to order publication of his reasons. However, in the circumstances I consider that appellant is entitled to a publication order. I also took into account the remedial effect of publication in determining the reasonable compensation appellant should receive in the case at bar. I accordingly order respondent to publish the English version of the instant judgment in a place as conspicuous as the article which gave rise to the litigation.

Conclusion

For these reasons I would allow the appeal in part with costs and order respondent to pay appellant the sum of \$35,000 with interest at an annual rate of 10 percent as of May 27, 1975. I would also order respondent to publish, at its own expense and within 30 days, the complete text of the English version of this judgment, in as conspicuous a place as the article by reporter Steve Kowch dated March 13, 1975.

Appeal allowed, McINTYRE and LAMER JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro, Montréal.

Solicitors for the respondent: Lafleur, Brown, de Grandpré, Montréal.

tiers tenu contractuellement à cette indemnisation). Enfin, si des fautes distinctes ont causé un préjudice additionnel, il incombera aux tribunaux saisis d'en déterminer l'étendue.

^a II—*La publication du jugement*

L'appelant demande que soit rétabli dans son entier le jugement de première instance, y compris l'ordonnance de publication de la décision intégrale du juge en chef Deschênes. Cette ordonnance est autorisée par l'art. 13 de la *Loi sur la presse*, qui se lit comme suit:

13. Tout jugement portant condamnation doit être publié dans le journal incriminé, et à ses frais, sur l'ordre du tribunal qui l'a prononcé, sous peine d'outrage au tribunal.

Comme la présente décision ne confirme pas toutes les conclusions du juge de première instance, il ne convient pas d'ordonner la publication de son jugement. Cependant, j'estime que, dans les circonstances, l'appelant a le droit d'obtenir une ordonnance de publication. J'ai d'ailleurs tenu compte de l'effet réparateur de la publication pour déterminer le montant de l'indemnité raisonnable que l'appelant doit recevoir en l'espèce. J'ordonne donc à l'intimée de publier la version anglaise du présent jugement dans un endroit aussi en vue que l'article ayant donné lieu au litige.

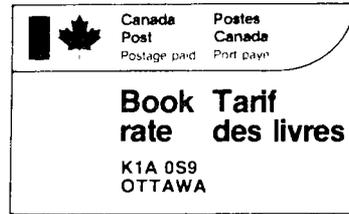
Conclusion

Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel en partie avec dépens et condamnerais l'intimée à payer à l'appelant la somme de 35 000 \$, avec intérêts au taux annuel de 10 pour 100 à compter du 27 mai 1975. Je lui ordonnerais en outre de publier, à ses frais et dans les 30 jours, le texte intégral de la version anglaise du présent jugement, dans un endroit aussi en vue que l'article du reporter Steve Kowch daté du 13 mars 1975.

Pourvoi accueilli, les juges McINTYRE et LAMER sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant: Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Lafleur, Brown, de Grandpré, Montréal.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1988 Vol. 1

4^e cahier, 1988 Vol. 1

Cited as [1988] 1 S.C.R. 513-748

Renvoi [1988] 1 R.C.S. 513-748

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1988.

CONTENTS

Hills v. Canada (Attorney General)	513
Unemployment insurance — Labour disputes — Unemployment due to a work stoppage — Claimant not a member of the striking local but a member of another local of the same union — Portion of claimant's mandatory union dues deducted prior to the strike diverted by the union to International Union's strike fund — Fund used to pay strikers at claimant's place of work — Whether claimant was financing the labour dispute — Whether claimant entitled to unemployment insurance benefits — Meaning of the word "financing" in s. 44(2)(a) of the Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.	
R. v. Booth	663
Criminal law — Charter of Rights — Legal rights — Fundamental justice — Whether conduct of Crown at trial infringed rights of appellants — Court of Appeal setting aside stay of proceedings and ordering a new trial — No error in the Court of Appeal's exercise of its jurisdiction to review the judge's entering of a stay of proceedings.	
R. v. Corbett	670
Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Examination of accused as to previous convictions — Accused charged with murder — Previous conviction of a similar nature to offence charged admitted into evidence — Whether s. 12(1) of the Canada Evidence Act inconsistent with s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.	
Evidence — Witnesses — Credibility — Examination of accused as to previous convictions — Accused charged with	

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtiistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1988.

SOMMAIRE

Hills c. Canada (Procureur général)	513
Assurance-chômage — Conflit collectif — Chômage dû à un arrêt de travail — Prestataire n'appartenant pas à la section locale en grève mais membre du même syndicat international que les grévistes — Partie des cotisations syndicales obligatoires du prestataire déduites avant la grève affectée au fonds de grève du syndicat international — Fonds utilisé pour verser des allocations aux grévistes au lieu de travail du prestataire — Le prestataire finance-t-il le conflit collectif? — Le prestataire est-il admissible aux prestations d'assurance-chômage? — Sens du mot «finance» à l'art. 44(2)a) de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48.	
R. c. Booth	663
Droit criminel — Charte des droits — Garanties juridiques — Justice fondamentale — La conduite de la poursuite au procès a-t-elle porté atteinte aux droits des appelants? — Annulation de l'arrêt des procédures par la Cour d'appel qui ordonne un nouveau procès — Aucune erreur de la Cour d'appel dans l'exercice de son pouvoir de contrôle sur la décision du juge d'arrêter les procédures.	
R. c. Corbett	670
Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Interrogatoire de l'accusé relativement à ses condamnations antérieures — Accusation de meurtre — Admission en preuve d'une condamnation antérieure pour une infraction semblable à celle imputée — Le paragraphe 12(1) de la Loi sur la preuve au	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

murder — Previous conviction of a similar nature to offence charged admitted into evidence — Whether trial judge had discretion to exclude prejudicial evidence of previous conviction — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12(1).

R. v. Dairy Supplies Ltd. 665

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement of rights — Combines Investigation — Admissibility of evidence discovered as a result of an unconstitutional and illegal search — Whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute — No error in the Court of Appeal's exercise of its jurisdiction to review trial judge's finding under s. 24(2) of the Charter — Appeal as of right — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2) — Combines Investigation Act.

R. v. Hufsky 621

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Random stopping of motor vehicles for spot check of driver's licences and proof of insurance, mechanical fitness of vehicles and sobriety of drivers — Stop authorized by statute — Choice of vehicles to be stopped in discretion of police officer — Whether detained — Whether arbitrarily detained — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9 — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a, 189a(1), (2), as am. — Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search — Random stopping of motor vehicles for spot check of driver's licences and proof of insurance — Compelled production of driver's licence and insurance card for inspection — Whether search — If so, whether unreasonable search — If so, whether justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a, 189a, as am. — Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

Criminal law — Refusal to provide sample of breath for roadside screening device — Random stopping of motor vehicles for spot check of driver's licences and proof of insurance, mechanical fitness of vehicles and sobriety of drivers — Whether random stop for the purposes of the spot check procedure infringed right not to be arbitrarily detained — If so, whether justified under s. 1 of the Charter — Whether spot check of driver's licence and proof of insurance infringed right to be secure against unreasonable search — If so, whether justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am. — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a, 189a, as am. — Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

Criminal law — Constitutional law — Canadian Bill of Rights — Equality before the law — Mandatory roadside breath testing — Criminal Code provision not proclaimed in all provinces — Whether non-universal proclamation and application infringed right to equality before the law — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Preuve — Témoins — Crédibilité — Interrogatoire de l'accusé relativement à ses condamnations antérieures — Accusation de meurtre — Admission en preuve d'une condamnation antérieure pour une infraction semblable à celle imputée — Le juge du procès avait-il le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve préjudiciable d'une condamnation antérieure? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 12(1).

R. c. Dairy Supplies Ltd. 665

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Enquête sur les coalitions — Admissibilité de la preuve découverte par suite d'une perquisition inconstitutionnelle et illégale — L'admission de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Aucune erreur de la Cour d'appel dans l'exercice de son pouvoir de contrôle sur la conclusion du juge en vertu de l'art. 24(2) de la Charte — Pourvoi de plein droit — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2) — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

R. c. Hufsky 621

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Arrêt au hasard de véhicules automobiles afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance, l'état mécanique des véhicules et la sobriété des conducteurs — Arrêt autorisé par la loi — Choix des véhicules devant être arrêtés laissé à la discrétion de l'agent de police — Y a-t-il détention? — Y a-t-il détention arbitraire? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9 — Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a, 189a(1), (2), mod. — Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille abusive — Arrêt au hasard de véhicules automobiles afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance — Présentation forcée du permis de conduire et de la carte d'assurance pour examen — Y a-t-il fouille? — Dans l'affirmative, s'agit-il d'une fouille abusive? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a, 189a, mod. — Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).

Droit criminel — Refus de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest — Arrêt au hasard de véhicules automobiles afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance, l'état mécanique des véhicules et la sobriété des conducteurs — L'arrêt au hasard pour les fins de la procédure de contrôles routiers ponctuels porte-t-il atteinte au droit à la protection contre la détention arbitraire? — Dans l'affirmative, est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte? — La vérification ponctuelle des permis de conduire et de la preuve d'assurance porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, mod. — Code de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Iuculano and Borrelli	667
Criminal law — Accused charged with conspiracy to import narcotics and bribery of officer — Rule against multiple convictions — Whether correspondence between the elements of the offences sufficient to sustain the operation of the rule against multiple convictions.	
R. v. James	669
Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Tax evasion — Evidence obtained before Charter coming into force pursuant to a section of the federal Income Tax Act found later to be contrary to the Charter — No retrospective application of the Charter.	
R. v. Keyowski	657
Criminal law — Abuse of process — Two juries unable to reach verdict — Crown proceeding to third trial — No prosecutorial misconduct — Whether or not third trial would constitute abuse of process — Whether or not prosecutorial misconduct essential element of abuse of process.	
R. v. Lafrance	617
Criminal law — Appeal as of right — Interception of communications — Authorization to intercept private communications — Whether authorization embraced manner of interception employed.	
R. v. Lang	618
Criminal law — Appeal as of right — Sexual assault — Evidence of child — Whether dissent in the Court of Appeal on a question of law — Appeal quashed.	
R. v. Lawrence	619
Criminal law — Interception of communications — Authorization to intercept private communications — Admissibility of evidence — Description of manner of interception — Appeal as of right.	
R. v. Thomsen	640
Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Meaning of “detention” — Accused refusing to provide a breath sample for a roadside screening device — Whether a person subject to a s. 234.1(1) demand for a breath sample for a roadside screening device being “detained” and having right to counsel under s. 10 of the Charter — If so, whether the right to counsel is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1.	
Shaklee Canada Inc. v. Canada (Attorney General)	662
Combines — Pyramid selling — Interpretation of a “scheme of pyramid selling” within the definition of s. 36.3(1) of the Act — Prohibition order — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 36.3(1).	

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a, 189a, mod. — Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).	
Droit criminel — Droit constitutionnel — Déclaration canadienne des droits — Égalité devant la loi — Alcoolisme obligatoire — Disposition du Code criminel non proclamée dans toutes les provinces — La proclamation et l'application non universelles portent-elles atteinte au droit à l'égalité devant la loi? — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, mod.	
R. c. Iuculano et Borrelli	667
Droit criminel — Accusations de complot en vue d'importer des stupéfiants et de corruption de fonctionnaire — Règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples — Y a-t-il correspondance suffisante entre les éléments des infractions pour justifier l'application de cette règle?	
R. c. James	669
Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Évasion fiscale — Preuve obtenue avant l'entrée en vigueur de la Charte selon un article de la Loi de l'impôt sur le revenu fédérale déclaré ultérieurement contraire à la Charte — Aucune application rétroactive de la Charte.	
R. c. Keyowski	657
Droit criminel — Abus de procédure — Deux jurys incapables de rendre un verdict — Troisième procès intenté par le ministère public — Aucune conduite blâmable de la part de la poursuite — Un troisième procès constituerait-il un abus de procédure? — La conduite blâmable de la poursuite constitue-t-elle un élément essentiel de l'abus de procédure?	
R. c. Lafrance	617
Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Interception des communications — Autorisation d'intercepter des communications privées — L'autorisation englobait-elle le mode d'interception utilisé?	
R. c. Lang	618
Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Agression sexuelle — Témoignage d'un enfant — La dissidence en Cour d'appel porte-t-elle sur une question de droit? — Pourvoi annulé.	
R. c. Lawrence	619
Droit criminel — Interception des communications — Autorisation d'intercepter des communications privées — Admissibilité de la preuve — Description du mode d'interception utilisé — Pourvoi de plein droit.	
R. c. Thomsen	640
Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un avocat — Signification de « détention » — Refus de l'accusé de fournir	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Sport Maska Inc. v. Zittreer	564
Arbitration — Criteria — Distinction between arbitration and expert opinion — Undertaking to arbitrate — Mediation — Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25, ss. 940 to 951.	

SOMMAIRE (Fin)

un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest — La personne sommée en vertu de l'art. 234.1(1) de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest est-elle «détenue» et a-t-elle le droit à l'assistance d'un avocat aux termes de l'art. 10 de la Charte? — Dans l'affirmative, le droit à l'assistance d'un avocat est-il restreint, dans le cas d'une sommation en vertu de l'art. 234.1(1), par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1.

Shaklee Canada Inc. c. Canada (Procureur général)

662

Coalitions — Vente pyramidale — Interprétation de «système de vente pyramidale» selon la définition de l'art. 36.3(1) de la Loi — Ordonnance de prohibition — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 36.3(1).

Sport Maska Inc. c. Zittreer

564

Arbitrage — Critères — Distinction entre arbitrage et expertise — Clause compromissoire — Amiable composition — Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25, art. 940 à 951.

Dennis Hills et al. Appellants

v.

The Attorney General of Canada Respondent

INDEXED AS: HILLS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 19094.

1987: October 7; 1988: March 24.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Unemployment insurance — Labour disputes — Unemployment due to a work stoppage — Claimant not a member of the striking local but a member of another local of the same union — Portion of claimant's mandatory union dues deducted prior to the strike diverted by the union to International Union's strike fund — Fund used to pay strikers at claimant's place of work — Whether claimant was financing the labour dispute — Whether claimant entitled to unemployment insurance benefits — Meaning of the word "financing" in s. 44(2)(a) of the Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

Appellant, a member of Local 7484 of the United Steelworkers, was laid-off as a result of a strike by employees of the same company represented by Local 6399 of the same union. Local 7484 and its members were not involved in the labour dispute and had no direct interest in it. Under the collective agreement between his employer and his local, appellant was required to pay union dues, part of which were remitted by the local union to the International Union and placed by the latter in its strike fund. During the work stoppage, the International Union paid strike pay to the Local 6399 strikers. While out of work, appellant applied for unemployment insurance benefits. Under section 44(2)(a) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, an employee who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute is entitled to unemployment insurance benefits if he proves that "he is not participating in or financing or directly interested in the labour dispute that caused the stoppage of work". The Unemployment Insurance Commission denied appellant's application and the Board of Referees dismissed his appeal holding that the appellant was unable to establish that he was not "financing" the

Dennis Hills et autres Appellants

c.

Le procureur général du Canada Intimé

RÉPERTORIÉ: HILLS c. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 19094.

1987: 7 octobre; 1988: 24 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Assurance-chômage — Conflit collectif — Chômage dû à un arrêt de travail — Prestataire n'appartenant pas à la section locale en grève mais membre du même syndicat international que les grévistes — Partie des cotisations syndicales obligatoires du prestataire déduites avant la grève affectée au fonds de grève du syndicat international — Fonds utilisé pour verser des allocations aux grévistes au lieu de travail du prestataire — Le prestataire finance-t-il le conflit collectif? — Le prestataire est-il admissible aux prestations d'assurance-chômage? — Sens du mot «finance» à l'art. 44(2)a de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48.

L'appellant, membre de la section locale 7484 des Métallurgistes unis, a été mis à pied par suite d'une grève d'employés de la même compagnie représentés par la section locale 6399 du même syndicat. La section locale 7484 et ses membres ne participaient pas au conflit collectif et n'y étaient pas directement intéressés. Aux termes de la convention collective en vigueur entre son employeur et sa section locale, l'appellant était tenu de payer une cotisation syndicale, dont une partie était envoyée par la section locale au syndicat international qui la déposait dans son fonds de grève. Au cours de l'arrêt de travail, le syndicat international a payé des allocations de grève aux grévistes de la section locale 6399. Pendant qu'il se trouvait sans travail, l'appellant a fait une demande de prestations d'assurance-chômage. Suivant l'al. 44(2)a) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, un employé qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif a droit aux prestations d'assurance-chômage s'il prouve «qu'il ne participe pas au conflit collectif qui a causé l'arrêt du travail, qu'il ne le finance pas et qu'il n'y est pas directement intéressé». La Commission d'assurance-chômage a rejeté la demande de l'appellant et son appel de

labour dispute. In its decision, the Board relied solely on the fact that union dues which had been remitted prior to the strike by the appellant formed part of a common fund out of which strike pay was issued. Both the Umpire and the Federal Court of Appeal affirmed the Board's decision. This appeal is to determine whether the mandatory payment by an employee of union dues, part of which were diverted to a strike fund handled by the International Union, constitutes "financing . . . the labour dispute that caused the stoppage of work", and accordingly disentitles such employee of the benefits provided for in the Act during his unemployment due to a strike by another local of the same union.

Held (Beetz, McIntyre and Lamer JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: Section 44(2)(a) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was not designed to deprive innocent victims of a labour dispute of the benefits of the Act but only the claimants who took an active role in the labour dispute at the place of employment or contributed to it freely and voluntarily. Indeed, the word "financing" used in s. 44(2)(a) implies a meaningful connection between the payment and the dispute and requires an active and voluntary involvement by the claimant. In the circumstances of this case, the claimant was not "financing" the labour dispute at his place of employment within the meaning of s. 44(2)(a). The claimant had no choice but to pay his dues and had no voice in the decision of the International Union to finance the strike. The strike fund, handled by the International Union, was established by the union, not the claimant, and the union was neither the agent nor the mandatary of the employees. The claimant did not pay his union dues in order to finance the strike of the employees represented by another local but rather to insure membership in good standing in his local, continued service from local executives, and strike payments if his local were to decide to go on a lawful strike. The claimant would have been entitled to unemployment insurance benefits had the strike fund been administered by the local union or a financial institution rather than the International Union. The legislature cannot have intended disentanglement to be dependent upon such a trivial fact.

cette décision a été rejeté par le conseil arbitral, qui a conclu que l'appelant n'avait pu prouver qu'il ne finançait pas le conflit collectif. La décision du conseil arbitral avait pour seul fondement le fait que les cotisations syndicales versées par l'appelant antérieurement à la grève faisaient partie d'un fonds commun utilisé pour payer des allocations de grève. Tant le juge-arbitre que la Cour d'appel fédérale ont confirmé la décision du conseil arbitral. Le pourvoi vise à déterminer si le pré-compte obligatoire des cotisations syndicales d'un employé, dont une partie est affectée à un fonds de grève géré par le syndicat international, vient «financer le conflit collectif qui a causé l'arrêt du travail» et prive en conséquence cet employé des prestations prévues par la loi pendant qu'il se trouve en chômage par suite d'une grève déclenchée par une autre section locale du même syndicat.

Arrêt (les juges Beetz, McIntyre et Lamer sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé: L'alinéa 44(2)a) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* n'est pas censé priver des prestations prévues par la Loi les victimes innocentes d'un conflit collectif. Il s'applique uniquement aux prestataires qui participent directement au conflit collectif ayant lieu à l'endroit où ils travaillent ou qui y contribuent librement et volontairement. De fait, le mot «finance» employé à l'al. 44(2)a) implique l'existence d'un lien réel entre le paiement et le conflit collectif et exige une participation active et volontaire par le prestataire. En l'espèce, le prestataire n'a pas financé le conflit collectif à son lieu de travail au sens de l'al. 44(2)a). Le prestataire ne pouvait faire autrement que de payer ses cotisations et il n'a eu aucun mot à dire dans la décision du syndicat international de financer la grève. Le fonds de grève est géré par le syndicat international et a été constitué par celui-ci, non pas par le prestataire. Le syndicat n'est ni le mandataire ni l'agent des employés. Si le prestataire a payé ses cotisations syndicales, ce n'était pas pour financer la grève des employés représentés par une autre section locale, mais plutôt pour s'assurer la qualité de membre en règle de sa propre section locale, pour pouvoir continuer à bénéficier des services des dirigeants syndicaux locaux et pour obtenir des allocations de grève au cas où sa section locale déciderait de déclencher une grève légale. Le prestataire aurait eu droit aux prestations d'assurance-chômage si le fonds de grève avait été administré par la section locale ou par une institution financière plutôt que par le syndicat international. Le législateur n'a pas pu vouloir que l'inadmissibilité aux prestations soit fonction d'un fait aussi insignifiant.

The interpretation of the word “financing”, according to its natural meaning, as requiring a voluntary contribution on the part of the union member is substantiated by the historical context. The original “financing” provision, enacted in 1935 and re-enacted in 1940, was drafted at a time when very different social conditions prevailed, particularly in the area of labour relations. At the time, labour unions were purely voluntary organizations. Individuals would join unions on a voluntary basis and would make their financial contributions in the same manner. They were therefore presumed to be intentionally financing the union’s activities within the meaning of the disentitlement provision. While this interpretation today may appear to deprive the term of much of its application, this is merely a historical contingency which does not entail a conclusion that such an interpretation is unwarranted.

Apart from the ordinary meaning of the words, the focus of s. 44(2)(a) is on the individual claimant, not the union, and the meaning of “financing” flows from the context of which the statute’s purpose is an integral element. While section 44 may be open to a broad interpretation of “financing”, the purpose of the section (to disentitle strikers from benefits) as well as the purpose of the Act as a whole (to provide benefits to involuntarily unemployed persons) dictate that a narrow interpretation be given to the disentitlement provisions of that section. Any doubt should be resolved in favour of the claimant. Finally, an interpretation consistent with the values embodied in the *Charter*—namely, freedom of association—must be given preference to an interpretation which would run contrary to those values. A claimant should not be penalized for belonging to an international union.

Per Beetz, McIntyre and Lamer JJ. (dissenting): By contributing to the strike fund, appellant financed the labour dispute within the meaning of s. 44(2)(a) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. The verb “finance” is clear and in no sense confusing. It means “obtaining the capital necessary to operate” or “paying, providing money”. Under section 44(2)(a), a person who finances a labour dispute is a person who provides money to assist in starting and sustaining a work stoppage. It does not matter whether this monetary contribution is made to “finance” a particular labour dispute or in anticipation of a possible strike. It is also irrelevant whether the contributions are paid into a common strike fund. In all cases, the ordinary meaning of the verb “finance” must prevail. Moreover, the choice of language used in

L’interprétation du mot «finance» comme signifiant normalement qu’il faut une contribution voulue et délibérée de la part du syndiqué est justifiée par le contexte historique. La disposition initiale relative au financement, adoptée en 1935 puis adoptée de nouveau en 1940, a été rédigée à une époque où la situation sociale était très différente, particulièrement dans le domaine des relations de travail. À cette époque, les syndicats étaient des organisations purement volontaires. Les gens adhéraient volontairement à un syndicat et versaient de la même façon leurs contributions financières. On présumait donc qu’ils finançaient délibérément les activités du syndicat, au sens de la disposition relative à l’exclusion du bénéfice des prestations. Quoique cette interprétation puisse sembler dépouiller ce terme d’une bonne partie de son sens, ce n’est là qu’un événement historique qui n’exige pas de conclure qu’une telle interprétation est injustifiée.

Indépendamment du sens courant des mots employés, c’est le prestataire individuel et non pas le syndicat qui est visé par l’al. 44(2)a) et le sens du mot «finance» découle du contexte, dont l’objet de la loi fait partie intégrante. Quoique le mot «finance» figurant à l’art. 44 puisse admettre une interprétation large, l’objet de l’article (c’est-à-dire rendre les grévistes inadmissibles aux prestations) ainsi que l’objet de la Loi dans son ensemble (c’est-à-dire fournir des prestations aux personnes qui se trouvent involontairement sans emploi) commandent une interprétation restrictive des dispositions de cet article qui prévoient l’inadmissibilité aux prestations. Le prestataire doit recevoir le bénéfice de tout doute. Finalement, une interprétation qui est compatible avec les valeurs consacrées dans la *Charte*, et notamment avec celle de la liberté d’association, doit l’emporter sur une interprétation qui leur serait contraire. Un prestataire ne doit pas être pénalisé du fait qu’il appartient à un syndicat international.

Les juges Beetz, McIntyre et Lamer (dissidents): L’appelant, en contribuant au fonds de grève, a financé le conflit collectif au sens de l’al. 44(2)a) de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*. Le verbe «financer» est un terme clair qui ne prête pas à confusion. Il signifie «procurer les capitaux nécessaires au fonctionnement de» ou «fournir des fonds». En vertu de l’al. 44(2)a), celui qui finance un conflit collectif désigne donc celui qui procure les sommes nécessaires à la mise en œuvre et au maintien d’un arrêt de travail. Que cette contribution monétaire soit faite en vue de «financer» un conflit de travail particulier ou en prévision d’une grève éventuelle importe peu. Que les cotisations soient versées dans un fonds de grève commun n’est pas non plus pertinent. Dans tous les cas, le sens courant du verbe «financer»

s. 44(2)(a) reinforces this conclusion. While the verb "participate" inevitably implies an active and personal role in the ongoing labour dispute and the adverb "directly", which qualifies the nature of the claimant's interest, establishes an actual link between him and the dispute, it is impossible to find in the word "finance" used by itself a requirement of active and personal participation or a direct link between the claimant's contribution and the immediate labour dispute.

The use of the verb "finance" in the present tense in s. 44(2)(a) does not necessarily imply an actual link between the financing and the strike. The use of the present is recommended in the drafting of legislation. This drafting technique does not lead to the conclusion that an employee is financing a labour dispute solely where he makes a financial contribution while the strike is in progress.

Finally, although Parliament has frequently amended the unemployment insurance legislation to take account of the ongoing evolution in the field of labour relations, the wording of s. 44(2)(a) has received little or no alteration since the adoption of *The Unemployment Insurance Act, 1940*. Contributions to strike funds were probably voluntary at the time but that does not mean that the scope of the word "finance" is limited to this particular situation. The fact that, despite the changes that have occurred in the working world, Parliament has not limited the application of a word with a general meaning indicates that it intended to cover all situations that the word might apply to. The fact that there has been no legislative intervention since the judgment in *McKinnon*, [1977] 2 F.C. 569 (C.A.), as to the meaning of the word "finance", is very significant in this respect.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Overtaken: *McKinnon v. The Honourable Mr. Justice Dubé*, [1977] 2 F.C. 569; **considered:** *General Motors Corp. v. Bowling*, 426 N.E.2d 1210 (1981); **referred to:** *Outboard, Marine & Mfg. Co. v. Gordon*, 87 N.E.2d 610 (1949); *Watt v. Lord Advocate*, [1979] S.C. 120; *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427, aff'd [1937] A.C. 355; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; *Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 678; *In re McKay* (1946), 53 Man. R. 364; *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456; *Grey v. Pearson* (1857),

doit prévaloir. D'ailleurs, le choix des termes que l'on retrouve à l'al. 44(2)a milite en faveur de cette conclusion. Alors que le verbe «participer» sous-entend inévitablement un rôle actif et personnel dans le conflit de travail en cours et que l'adverbe «directement», qui qualifie la nature de l'intérêt du prestataire, établit forcément un lien réel entre ce dernier et le conflit, il est impossible de déceler, dans le terme «financer» employé seul, une exigence de participation active et personnelle ou de lien direct entre la contribution du prestataire et le conflit de travail immédiat.

L'emploi, à l'al. 44(2)a, du verbe «financer» au temps présent n'implique pas nécessairement un lien réel entre le financement et la grève. L'usage du présent est recommandé dans la formulation des textes de loi. Cette technique de rédaction ne peut amener à conclure qu'un salarié finance un conflit de travail seulement s'il apporte une aide financière pendant la durée de la grève.

En dernier lieu, bien que le législateur ait fréquemment modifié la législation sur l'assurance-chômage pour tenir compte de l'évolution constante que connaît le domaine des relations de travail, le texte de l'al. 44(2)a n'a subi presque aucune modification depuis l'adoption de la *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*. Le fait que les contributions aux fonds de grève étaient, à l'époque, probablement volontaires ne signifie pas que la portée du terme «finance» se limite à cette situation particulière. Le fait que malgré les changements survenus dans le monde du travail, le législateur n'a pas limité l'application d'un mot de portée générale indique qu'il entendait viser toutes les situations que ce terme peut englober. D'ailleurs, l'absence d'intervention du législateur depuis la décision rendue dans l'affaire *McKinnon*, [1977] 2 C.F. 569 (C.A.), relative au sens du mot «finance», est fort significative à cet égard.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt écarté: *McKinnon c. L'Honorable juge Dubé*, [1977] 2 C.F. 569; **arrêt examiné:** *General Motors Corp. v. Bowling*, 426 N.E.2d 1210 (1981); **arrêts mentionnés:** *Outboard, Marine & Mfg. Co. v. Gordon*, 87 N.E.2d 610 (1949); *Watt v. Lord Advocate*, [1979] S.C. 120; *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427, conf. [1937] A.C. 355; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 678; *In re McKay* (1946), 53 Man. R. 364; *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456; *Grey v. Pearson* (1857), 6

6 H.L. Cas. 60; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120; *Re Patterson & Nanaimo Dry Cleaning & Laundry Workers Union, Local No. 1*, [1947] 4 D.L.R. 159.

By Lamer J. (dissenting)

McKinnon v. The Honourable Mr. Justice Dubé, [1977] 2 F.C. 569; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend The Unemployment Insurance Act, 1940, S.C. 1946, c. 68, s. 7.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d).
Constitution Act, 1867, s. 91.2A.
Employment and Social Insurance Act, S.C. 1935, c. 38.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228.
National Employment Commission Act, 1936, S.C. 1936, c. 7, preamble.
National Insurance Act, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 55, ss. 87, 107.
Rights of Labour Act, R.S.O. 1970, c. 416, s. 3(2).
Unemployment Insurance Act, S.C. 1955, c. 50, ss. 2(j), 63.
Unemployment Insurance Act, 1920 (U.K.), 10 & 11 Geo. 5, c. 30, s. 8.
Unemployment Insurance Act, 1927 (U.K.), 17 & 18 Geo. 5, c. 30, s. 6.
Unemployment Insurance Act, 1935 (U.K.), 25 Geo. 5, c. 8, s. 26.
Unemployment Insurance Act, 1940, S.C. 1940, c. 44, s. 43.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 44.
Unemployment Insurance (No. 2) Act, 1924 (U.K.), 14 & 15 Geo. 5, c. 30, s. 4.
Wagner Act, 49 Stat. 449.
Wartime Labour Relations Regulations, P.C. 1003, February 17, 1944.

Authors

Abella, Irving. *The Canadian Labour Movement, 1902-1960*. Ottawa: Canadian Historical Association, 1975.
 Adams, George W. *Canadian Labour Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.

H.L. Cas. 60; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120; *Re Patterson & Nanaimo Dry Cleaning & Laundry Workers Union, Local No. 1*, [1947] 4 D.L.R. 159.

Citée par le juge Lamer (dissident)

McKinnon c. L'Honorable juge Dubé, [1977] 2 C.F. 569; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91.2A.
d Loi de 1940 sur l'assurance-chômage, S.C. 1940, chap. 44, art. 43.
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 44.
Loi modifiant la Loi de 1940 sur l'assurance-chômage, S.C. 1946, chap. 68, art. 7.
e Loi sur l'assurance-chômage, S.C. 1955, chap. 50, art. 2e), 63.
Loi sur la Commission nationale de placement, 1936, S.C. 1936, chap. 7, préambule.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 28.
f Loi sur le placement et les assurances sociales, S.C. 1935, chap. 38.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, chap. 228.
National Insurance Act, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, chap. 55, art. 87, 107.
g Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre, C.P. 1003, 17 février 1944.
Rights of Labour Act, R.S.O. 1970, chap. 416, art. 3(2).
Unemployment Insurance Act, 1920 (R.-U.), 10 & 11 Geo. 5, chap. 30, art. 8.
h Unemployment Insurance Act, 1927 (R.-U.), 17 & 18 Geo. 5, chap. 30, art. 6.
Unemployment Insurance Act, 1935 (R.-U.), 25 Geo. 5, chap. 8, art. 26.
Unemployment Insurance (No. 2) Act, 1924 (R.-U.), 14 & 15 Geo. 5, chap. 30, art. 4.
i Wagner Act, 49 Stat. 449.

Doctrine citée

Abella, Irving. *Le mouvement ouvrier au Canada de 1902 à 1960*. Ottawa: Société historique du Canada, 1978.
 Adams, George W. *Canadian Labour Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.

- Arthurs, Harry W., Donald D. Carter and Harry J. Glasbeek. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.
- Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville, Que.: Yvon Blais Inc., 1984.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ephron, Susan H. "Redefining Neutrality: Alternative Interpretations of the Labor Dispute Disqualification in Unemployment Compensation" (1986), 8 *Comp. Lab. L.* 89.
- Grand Larousse de la langue française*, "financer". Paris: Librairie Larousse, 1973.
- Haggard, Thomas R. *Compulsory Unionism, the NLRB, and the Courts: A Legal Analysis of Union Security Agreements*. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1977.
- Hickling, M. A. *Labour Disputes and Unemployment Insurance Benefits in Canada and England*. Don Mills, Ont.: CCH, 1975.
- Jamieson, Stuart. *Industrial Relations in Canada*. Toronto: MacMillan of Canada, 1957.
- Lesser, Leonard. "Labor Disputes and Unemployment Compensation" (1945), 55 *Yale L.J.* 167.
- Logan, H. A. *Trade Unions in Canada*. Toronto: MacMillan of Canada, 1948.
- McCormick, Thomas P. "Unemployment Compensation—An Examination of Wisconsin's "Active Progress" Labor Dispute Disqualification Provision," [1982] *Wis. L. Rev.* 907.
- Norris, Terry. "Dissociating from a Trade Dispute, and Claiming Unemployment Benefit" (1985), 135 *New L.J.* 967.
- Note. "Eligibility for Unemployment Benefits of Persons Involuntarily Unemployed Because of Labor Disputes" (1949), 49 *Colum. L. Rev.* 550.
- Petit Robert 1*, "financer". Paris: Le Robert, 1986.
- Shadur, Milton I. "Unemployment Benefits and the "Labor Dispute" Disqualification" (1950), 17 *U. Chi. L. Rev.* 294.
- Williams, Jerre S. "The Labor Dispute Disqualification—A Primer and Some Problems" (1955), 8 *Vand. L. Rev.* 338.
- Arthurs, Harry W., Donald D. Carter and Harry J. Glasbeek. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.
- Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais Inc., 1982.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ephron, Susan H. «Redefining Neutrality: Alternative Interpretations of the Labor Dispute Disqualification in Unemployment Compensation» (1986), 8 *Comp. Lab. L.* 89.
- Grand Larousse de la langue française*, «financer». Paris: Librairie Larousse, 1973.
- Haggard, Thomas R. *Compulsory Unionism, the NLRB, and the Courts: A Legal Analysis of Union Security Agreements*. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1977.
- Hickling, M. A. *Labour Disputes and Unemployment Insurance Benefits in Canada and England*. Don Mills, Ont.: CCH, 1975.
- Jamieson, Stuart. *Industrial Relations in Canada*. Toronto: MacMillan of Canada, 1957.
- Lesser, Leonard. «Labor Disputes and Unemployment Compensation» (1945), 55 *Yale L.J.* 167.
- Logan, H. A. *Trade Unions in Canada*. Toronto: MacMillan of Canada, 1948.
- McCormick, Thomas P. «Unemployment Compensation—An Examination of Wisconsin's «Active Progress» Labor Dispute Disqualification Provision», [1982] *Wis. L. Rev.* 907.
- Norris, Terry. «Dissociating from a Trade Dispute, and Claiming Unemployment Benefit» (1985), 135 *New L.J.* 967.
- Note. «Eligibility for Unemployment Benefits of Persons Involuntarily Unemployed Because of Labor Disputes» (1949), 49 *Colum. L. Rev.* 550.
- Petit Robert 1*, «financer». Paris: Le Robert, 1986.
- Shadur, Milton I. «Unemployment Benefits and the «Labor Dispute» Disqualification» (1950), 17 *U. Chi. L. Rev.* 294.
- Williams, Jerre S. «The Labor Dispute Disqualification—A Primer and Some Problems» (1955), 8 *Vand. L. Rev.* 338.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, dismissing appellants' application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside the decision of an Umpire, CUB 8764, under the *Unemployment Insurance Act, 1971*.

¹ F.C.A., No. A-175-84, September 21, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédéral¹, qui a rejeté la demande des appelants fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, visant à obtenir l'examen et l'annulation d'une décision, CUB 8764, rendue par un juge-arbitre en

¹ C.A.F., n° A-175-84, 21 septembre 1984.

Appeal allowed, Beetz, McIntyre and Lamer JJ. dissenting.

Brian Shell, for the appellants.

J. E. Thompson, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The single issue in this appeal is the interpretation of s. 44 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (“the Act”), which reads:

44. (1) A claimant who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute at the factory, workshop or other premises at which he was employed is not entitled to receive benefit until

(a) the termination of the stoppage of work,
(b) he becomes *bona fide* employed elsewhere in the occupation that he usually follows, or

(c) he has become regularly engaged in some other occupation,

whichever event first occurs.

(2) Subsection (1) is not applicable if a claimant proves that

(a) he is not participating in or financing or directly interested in the labour dispute that caused the stoppage of work; and

(b) he does not belong to a grade or class of workers that, immediately before the commencement of the stoppage, included members who were employed at the premises at which the stoppage is taking place and are participating in, financing or directly interested in the dispute.

(3) Where separate branches of work that are commonly carried on as separate businesses in separate premises are carried on in separate departments on the same premises, each department shall, for the purpose of this section, be deemed to be a separate factory or workshop.

(4) In this Act, “labour dispute” means any dispute between employers and employees, or between employees and employees, that is connected with the employment or non-employment, or the terms or conditions of employment, of any persons.

vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Pourvoi accueilli, les juges Beetz, McIntyre et Lamer sont dissidents.

a Brian Shell, pour les appelants.

J. E. Thompson, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi porte uniquement sur l'interprétation de l'art. 44 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48 («la Loi»). L'article 44 est ainsi rédigé:

44. (1) Un prestataire qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif à l'usine, à l'atelier ou en tout autre local où il exerçait un emploi n'est pas admissible au bénéfice des prestations tant que ne s'est pas réalisée l'une des éventualités suivantes, à savoir:

a la fin de l'arrêt du travail,

b son engagement de bonne foi à un emploi exercé ailleurs dans le cadre de l'occupation qui est habituellement la sienne,

c le fait qu'il s'est mis à exercer quelque autre occupation d'une façon régulière.

(2) Le paragraphe (1) n'est pas applicable si le prestataire prouve

a qu'il ne participe pas au conflit collectif qui a causé l'arrêt du travail, qu'il ne le finance pas et qu'il n'y est pas directement intéressé; et

b qu'il n'appartient pas au groupe de travailleurs de même classe ou de même rang dont certains membres exerçaient, immédiatement avant le début de l'arrêt du travail, un emploi à l'endroit où s'est produit l'arrêt du travail et participent au conflit collectif, le financent ou y sont directement intéressés.

(3) Lorsque des branches d'activités distinctes qui sont ordinairement exercées en tant qu'entreprises distinctes dans des locaux distincts, sont exercées dans des services différents situés dans les mêmes locaux, chaque service est censé, aux fins du présent article, être une usine ou un atelier distincts.

(4) Dans la présente loi, «conflit collectif» désigne tout conflit, entre employeurs et employés ou entre employés, qui se rattache à l'emploi ou aux modalités d'emploi de certaines personnes ou au fait qu'elles ne sont pas employées.

More particularly, the dispute centers on s. 44(2)(a) of the Act and the interpretation of the word "financing" therein. A crucial feature is the mandatory payment by an employee of union dues, part of which were diverted to a strike fund handled by the International Union. This was found to constitute "financing . . . the labour dispute that caused the stoppage of work" and accordingly to disentitle such employee from receiving the benefits provided for in the Act during his unemployment due to a strike by another local of the same union.

Facts

The facts are not contested and are stated in the appellant's factum as follows:

The Applicant Dennis Hills (hereinafter referred to as the "Applicant") was employed by C.E. Tyler Company of Canada Limited (hereinafter referred to as the "Employer"), as a shipping clerk in its office. Office employees employed by C.E. Tyler are represented by Local 7484 of the United Steelworkers of America, who [sic] pursuant to the laws of the Province of Ontario were [sic] recognized as the exclusive bargaining agent of all employees in the office unit. Local 7484 is an affiliated body chartered by the United Steelworkers of America (hereinafter referred to as "Local 7484").

As a result of the collective agreement entered into between the Employer and Local 7484, all employees including the Applicant in the office bargaining unit were required to have union dues deducted from their gross wages. Part of the union dues are remitted by the local union in accordance with the International Union's constitution are placed in a Strike and Defence Fund (the "Fund"). Pursuant to the constitution, money may be paid to employees on strike where the President of the International Union so approves.

C.E. Tyler Company of Canada at all material times also had a collective bargaining relationship with Local 6399, another chartered local of the United Steelworkers of America, with respect to all employees in the plant in their production operations.

On or about February 14, 1983, the plant employees represented by Local 6397 [sic] commenced a lawful strike. There is no relationship between Local 6397 [sic] and 7484, other than affiliation with the same international union. The decision to go on strike was taken

Plus particulièrement, l'al. 44(2)a) de la Loi et l'interprétation du mot «finance» y figurant sont au centre du débat. Le cœur du litige concerne le précompte obligatoire des cotisations syndicales d'un employé dont partie est affectée à un fonds de grève géré par le syndicat international. On a décidé que cela revenait à «finance[r]» le «conflit collectif qui a causé l'arrêt d[e] travail» et privait en conséquence l'employé en question des prestations prévues par la Loi pendant qu'il se trouvait en chômage à la suite d'une grève déclenchée par une autre section locale du même syndicat.

Les faits

Les faits ne font l'objet d'aucune contestation et sont ainsi exposés dans le mémoire de l'appelant:

[TRADUCTION] Le requérant Dennis Hills (ci-après appelé le «requérant») travaillait en tant que commis à l'expédition aux bureaux de C.E. Tyler Company of Canada Limited (ci-après appelée «l'employeur»). Les employés de bureau au service de C.E. Tyler sont représentés par la section locale 7484 des Métallurgistes unis d'Amérique, qui était reconnue en vertu des lois de la province de l'Ontario comme l'agent de négociation exclusif de tous les employés de bureau en question. La section locale 7484 est un organisme affilié aux Métallurgistes unis d'Amérique (ci-après appelée la «section locale 7484»).

La convention collective conclue entre l'employeur et la section locale 7484 stipulait que tous les salariés inclus dans l'unité de négociation composée des employés de bureau, y compris le requérant, étaient assujettis au précompte obligatoire des cotisations syndicales sur le salaire brut. Conformément aux statuts du syndicat international, une partie des cotisations est versée par la section locale dans un fonds de grève (le «fonds»). Aux termes des statuts, des allocations peuvent être versées à des employés en grève lorsque cela est approuvé par le président du syndicat international.

À l'époque pertinente, il y avait en outre une convention collective entre C.E. Tyler Company of Canada et la section locale 6399 qui était également affiliée aux Métallurgistes unis d'Amérique. Cette convention visait tous les employés d'usine œuvrant dans les secteurs de production.

Le 14 février 1983 ou vers cette date, les employés d'usine représentés par la section locale 6397 (sic) ont déclenché une grève légale. Mise à part leur affiliation au même syndicat international, il n'y a aucun lien entre la section locale 6397 (sic) et la section locale 7484. La

solely by the membership of Local 6397 [sic]. Members of Local 7484 were not entitled to participate in any way in the collective bargaining process of the other local.

Pursuant to the Union's constitution the President of the international union authorized strike pay be paid to employees of Local 6397 [sic] participating in the strike.

On or about February 14th, the employees in the office unit, whose collective agreement continued until March 31, 1983, were laid-off pursuant to the terms of the collective agreement, as a result of the halt in production caused by the strike.

(The appellant's factum referred to local 6397 whereas local 6399 is the local in question here. Also, I have underlined those facts which bear crucially on the issue of the appeal. Finally, although appellant Hills appealed on behalf of himself and other members of his local, appellants are herein referred to as "the appellant".)

Judgments

On February 14, 1983, the appellant applied for unemployment insurance benefits pursuant to the provision of the Act. The appellant was denied benefits by Notice of Refusal dated March 8, 1983. The Unemployment Insurance Commission refused payment of benefits on the ground that the appellant lost his employment by reason of a stoppage of work attributed to a labour dispute, pursuant to s. 44(1) of the Act.

On March 15, 1983, the appellant appealed his disenfranchisement on the basis that s. 44(1) was not applicable to him by virtue of s. 44(2)(a), since he was "not participating in or financing or directly interested in the labour dispute . . ."

On May 9, 1983, the Board of Referees held that the appellant was unable to establish that he was not "financing" the labour dispute which caused the stoppage of work and as a result was lawfully disenfranchised.

décision de faire la grève a été prise uniquement par les membres de la section locale 6397 (sic). Les membres de la section locale 7484 n'avaient aucunement le droit de participer aux négociations collectives de l'autre section locale.

a

Conformément aux statuts du syndicat, le président du syndicat international a autorisé le paiement d'allocation de grève aux employés compris dans la section locale 6397 (sic) qui prenaient part à la grève.

b

Le 14 février ou vers cette date, par suite de l'arrêt de production causé par la grève, les employés de bureau, dont la convention collective expirait le 31 mars 1983, ont été mis à pied conformément à la convention collective.

c

(Bien que le mémoire de l'appelant parle de la section locale 6397, c'est de la section locale 6399 dont il est question en l'espèce. J'ai également souligné les faits qui revêtent une importance décisive relativement à la question soulevée dans le pourvoi. Enfin, bien que l'appelant Hills ait formé le pourvoi en son propre nom et en celui des autres membres de sa section locale, les appelants en l'espèce sont désignés par l'expression «l'appelant».)

d

Les jugements

Le 14 février 1983, l'appelant présente une demande de prestations d'assurance-chômage, conformément à la Loi. Cette demande est rejetée par avis de refus en date du 8 mars 1983. Se fondant sur le par. 44(1) de la Loi, la Commission d'assurance-chômage refuse d'accorder des prestations pour le motif que l'appelant a perdu son emploi par suite d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif.

e

Le 15 mars 1983, l'appelant interjette appel de ce refus en faisant valoir que, vu «qu'il ne participe pas au conflit collectif . . . qu'il ne le finance pas et qu'il n'y est pas directement intéressé», l'al. 44(2)a a pour effet de rendre le par. 44(1) inapplicable dans son cas.

f

Le 9 mai 1983, le conseil arbitral conclut que l'appelant ne peut prouver qu'il ne finance pas le conflit collectif qui a causé l'arrêt de travail et que, par conséquent, c'est à bon droit qu'on a refusé de lui accorder des prestations.

g

In holding that the appellant was "financing" the strike, the Board of Referees relied solely on the fact that union dues which had been remitted prior to the strike by the appellant formed part of a common fund out of which strike pay was issued. In this connection, the Board stated:

The Board is of the opinion that each office, clerical and technical employee of C. E. Tyler who are members [*sic*] of Local 7484 (USWA) has contributed to the international strike fund through their union dues, from which "strike pay" has been issued from 07 March, 1983

On July 6, 1983, the appellant appealed the decision to the Umpire on the basis that the interpretation of the Act, which would deprive employees of unemployment insurance benefits by virtue of belonging to the same international union and paying dues to it, infringed their freedom of association, contrary to the provisions of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In his reasons dated December 6, 1983, dismissing this ground of appeal, CUB 8764, the Umpire held that the fact that benefits may be lessened as a result of the exercise of one's freedom of association does not affect freedom of association itself. On this point, the Umpire wrote:

In my view, a provision in the Act determining the conditions by which a benefit should or should not be paid does not constitute an infringement upon the freedom of association. It may and indeed does in this particular instance work to effect a lessening of benefits to the persons involved because their local is in association with a similar local that is involved in the work dispute but the mere limiting of a benefit does not, in my opinion, affect the freedom of association.

Pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, the appellant applied to review and set aside the decision of the Umpire on the grounds that:

- (1) The Umpire erred in law in the interpretation of s. 44(2)(a) and particularly by inter-

Pour conclure que l'appellant «finançait» la grève, le conseil arbitral s'est fondé uniquement sur le fait que les cotisations syndicales versées par l'appellant antérieurement à la grève faisaient partie d'un fonds commun utilisé pour payer des allocations de grève. À ce propos, le conseil arbitral affirme:

[TRADUCTION] Le conseil estime que chaque employé de bureau, chaque commis et chaque technicien qui travaille pour C. E. Tyler et qui est membre de la section locale 7484 (MUA) a contribué par le biais de ses cotisations syndicales au fonds de grève international, à même lequel on verse depuis le 7 mars 1983 des «allocations de grève»

Le 6 juillet 1983, l'appellant porte la décision du conseil arbitral en appel devant le juge-arbitre. Il invoque comme moyen qu'en donnant à la Loi une interprétation qui empêche des employés de toucher des prestations d'assurance-chômage du fait qu'ils appartiennent au même syndicat international que les grévistes et qu'ils lui paient des cotisations syndicales, on porte atteinte à leur liberté d'association, ce qui va à l'encontre de l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans ses motifs en date du 6 décembre 1983, rejetant ce moyen d'appel, CUB 8764, le juge-arbitre conclut que le fait que la diminution des prestations puisse découler de l'exercice de la liberté d'association ne porte pas atteinte à cette liberté même. Sur ce point, le juge-arbitre écrit:

À mon avis, une disposition de la Loi fixant les conditions d'admissibilité ou d'inadmissibilité aux prestations ne constitue pas une entrave à la liberté d'association. Cette disposition peut, comme c'est le cas dans la présente affaire, se traduire effectivement par une limitation du droit aux prestations pour les personnes intéressées, à cause de l'association de leur section locale à une section semblable participant à un conflit collectif, mais la simple limitation des prestations ne lèse pas, à mon avis, la liberté d'association.

En vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, l'appellant a demandé l'examen et l'annulation de la décision du juge-arbitre pour les motifs suivants:

- (1) Le juge-arbitre a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'al.

preting the word "financing" found therein to include past and indirect financing.

- (2) The Umpire erred in law by failing to hold that s. 44(2) as interpreted by the Board of Referees offends s. 2(d) of the *Charter*.

The Federal Court of Appeal dismissed the appeal from the Umpire's decision relying on its previous ruling in *McKinnon v. The Honourable Mr. Justice Dubé*, [1977] 2 F.C. 569.

The present appeal, on leave from this Court, is from the judgment of the Federal Court of Appeal.

Arguments

The appellant advanced the following arguments:

1. The term "financing" as used in s. 44(2)(a) of the Act denotes an act of present, personal, active involvement by the claimant concerned in the particular labour dispute. An individual cannot be said to be financing a labour dispute within the meaning of s. 44(2)(a) solely as a result of the fact that the union to which he belongs pays strike pay out of a common strike fund made up of union dues remitted by all union members. Payment is not made by the individual concerned, but rather by the union which represents him. The individual concerned has no control over whether or not such payments are made; rather, such decision is at the discretion of the President of the union in accordance with the provisions of the union's constitution. Moreover, the payment of union dues constitutes a term and condition of employment, and the trade union in negotiating such dues is not in law an agent of the employee, but rather acts as an independent entity. The fact that union dues were paid in the past and are not paid during the currency of the strike indicates that there is no active personal involvement in the financing of the strike. The payment of union dues was not made in order to finance the particular strike in question but rather to ensure membership in good standing in the union, to ensure continued service from the

44(2)a) et, en particulier, en donnant au mot «finance» y figurant une interprétation qui englobe un financement antérieur et un financement indirect.

- (2) Le juge-arbitre a commis une erreur de droit en ne concluant pas que le par. 44(2), tel qu'il a été interprété par le conseil arbitral, va à l'encontre de l'al. 2d) de la *Charte*.

La Cour d'appel fédérale, s'appuyant sur son arrêt antérieur *McKinnon c. L'Honorable juge Dubé*, [1977] 2 C.F. 569, a rejeté l'appel interjeté contre la décision du juge-arbitre.

Le présent pourvoi, formé avec l'autorisation de cette Cour, attaque l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

Les arguments

L'appelant fait valoir les arguments suivants:

1. Le terme «finance» employé à l'al. 44(2)a) de la Loi dénote une participation actuelle, personnelle et active par le prestataire au conflit collectif en question. On ne saurait prétendre qu'une personne finance un conflit collectif au sens de l'al. 44(2)a) du seul fait que le syndicat auquel elle appartient verse des allocations de grève provenant d'un fonds de grève commun composé de cotisations syndicales payées par tous les membres du syndicat. Le paiement n'est pas fait par l'individu en cause, mais plutôt par le syndicat qui le représente. L'individu ne décide pas si des allocations seront versées ou non; cette décision est laissée à la discrétion du président du syndicat conformément aux statuts du syndicat. De plus, le paiement de cotisations syndicales fait partie des conditions de travail et le syndicat en négociant ces cotisations n'est pas, du point de vue juridique, un mandataire de l'employé; au contraire, il agit à titre tout à fait indépendant. Le fait que des cotisations syndicales ont été payées par le passé et qu'on n'en paie pas pendant la durée de la grève indique qu'il n'y a pas de participation active et personnelle au financement de la grève. Si le prestataire paye des cotisations syndicales, ce n'est pas pour financer la grève en question, mais plutôt pour s'assurer d'être membre en règle du syndicat, pour pouvoir conti-

union, and to ensure strike payments to the applicant should his local engage in strike actions.

2. The purpose of the Act when read in its entirety is to make benefits available to those who are unemployed. As a result, a liberal interpretation of the re-entitlement provision should be given and any doubt arising from the difficulties of the language should be resolved in favour of the claimant.

3. Disentitling a claimant in the present instance is absurd for a number of reasons: First, employees are disentitled by the mere coincidence that they belong to the same international union and are required to bear the cost of their unemployment even though they have no connection with the particular labour dispute. Second, this interpretation favours unlawful disputes, which result in consequential lay-offs where no strike pay is paid, over lawful and authorized disputes where strike pay is paid. Third, an employee may or may not be entitled to unemployment insurance benefits depending whether the trade union has a strike fund, whether an official determines to pay strike benefits, or whether the governing collective agreement contains a dues deduction clause.

4. An interpretation of s. 44(2)(a) which would penalize employees wishing to select the bargaining agent of their choice should be avoided, since such an interpretation would be inconsistent with the freedoms guaranteed by the *Charter*, and in particular, the freedom of association guaranteed by s. 2(d).

On this last point, at the hearing, counsel for the appellant did not particularly address the *Charter* issue which was raised in his factum, but rather expressed the view that a construction promoting constitutional values is to be preferred, i.e., in this case, freedom of work and freedom of association.

The respondent's arguments can be summarized as follows:

nuer à bénéficier des services du syndicat et pour obtenir des allocations de grève au cas où sa section locale déciderait de recourir à la grève.

2. La Loi dans son ensemble vise à accorder des prestations à ceux qui se trouvent sans emploi. Il convient par conséquent de donner à la disposition relative à la réadmissibilité aux prestations une interprétation libérale et le prestataire doit pouvoir bénéficier de tout doute découlant de l'ambiguïté du texte.

3. Dans le cas présent, empêcher un prestataire de toucher des prestations est absurde à plusieurs titres. Premièrement, des employés sont inadmissibles aux prestations du fait que, par pure coïncidence, ils appartiennent au même syndicat international que les grévistes et ils doivent supporter le coût de leur chômage malgré qu'ils ne participent d'aucune manière au conflit collectif en question. Deuxièmement, cette interprétation favorise les conflits illégaux entraînant des mises à pied sans paiement d'allocations de grève, par rapport aux conflits légaux et autorisés dans le cadre desquels des allocations de grève sont payées. Troisièmement, un employé peut ou non toucher des prestations d'assurance-chômage selon l'existence ou l'inexistence d'un fonds de grève syndical, selon la décision d'un dirigeant syndical de verser des allocations de grève ou selon la présence dans la convention collective applicable d'une clause prévoyant le précompte des cotisations syndicales.

4. Il faut éviter toute interprétation de l'al. 44(2)a qui pénaliserait des employés pour avoir fait affaire avec l'agent de négociation de leur choix, car une telle interprétation serait incompatible avec les libertés garanties par la *Charte* et, en particulier, avec la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de celle-ci.

À l'audience toutefois, l'avocat de l'appelant ne s'est pas vraiment arrêté à l'argument fondé sur la *Charte* soulevé dans son mémoire, mais il a plutôt exprimé l'avis que l'interprétation à préférer est celle qui favorise le respect de valeurs constitutionnelles, c.-à-d., en l'occurrence, la liberté de travail et la liberté d'association.

Voici en résumé les arguments de l'intimé:

1. The manifest purpose of the legislation is to ensure that the state remains neutral and does not participate in the labour dispute by conferring benefits upon one side or the other. Providing public funds through unemployment insurance benefits to a group of employees who are financing the strike of another group of employees against their common employer would upset the natural balance of power that exists in the market-place and would result in the state's losing the neutrality it is attempting to maintain by this legislation.

2. Whether there is a sufficient connection between the financial contribution made by an individual and the labour dispute that this contribution may have financed is a question of fact that must be resolved in the light of the circumstances of each case. Contributions by union members to a common strike fund have historically, both in Canada and England, been found to be a sufficient connection.

3. Section 44(2)(a) of the Act expresses in clear and unambiguous language that a claimant is not entitled to benefits under the Act if he fails to prove that he is not financing the labour dispute that caused the stoppage of work. Financing is an activity which includes drawing from pre-existing funds established for the very purpose for which they are being used.

4. The right to freedom of association, as embodied in s. 2(d) of the *Charter*, entitles everyone to join a trade union and to pursue with other members the collective interests of the membership. It neither protects the objects or purposes of the association nor the means of attaining those objects or purposes. The *Charter* does not give, and was never intended to give, constitutional protection to all the acts of an individual which are essential to his or her personal goals or objectives. If *Charter* protection is given to an association for its lawful acts and objects, then the *Charter*-protected rights of the association would exceed those of the individual merely by virtue of the fact of association.

5. The appellant's disentitlement to benefits arose, not because of his membership in a trade union, but rather because one of the objects of the Inter-

1. De toute évidence, la Loi en cause a pour objet d'assurer la neutralité de l'État face à un conflit collectif et de faire en sorte qu'il n'y participe pas en conférant des avantages à une partie ou à l'autre. Verser des fonds publics sous la forme de prestations d'assurance-chômage à un groupe d'employés qui financent la grève d'un autre groupe d'employés, visant leur employeur commun, détruirait l'équilibre naturel du pouvoir qui existe sur le marché et ferait perdre à l'État la neutralité que la Loi tend à conserver.

2. Quant à savoir s'il existe un lien suffisant entre l'apport financier d'un individu et le conflit collectif que cette contribution a pu financer, il s'agit là d'une question de fait à trancher à la lumière des circonstances de chaque cas. Historiquement, tant au Canada qu'en Angleterre, les sommes versées par des syndicalistes à un fonds de grève commun ont été considérées comme un lien de causalité suffisant.

3. L'alinéa 44(2)a) de la Loi dit en termes clairs et non équivoques qu'un prestataire ne peut toucher de prestations en vertu de la Loi s'il ne peut prouver qu'il ne finance pas le conflit collectif qui a causé l'arrêt du travail. Le financement est une activité qui comprend le retrait de fonds d'une caisse établie en vue de l'usage même qu'on en fait.

4. Le droit à la liberté d'association énoncé à l'al. 2d) de la *Charte*, permet l'adhésion générale à un syndicat et la poursuite d'intérêts collectifs avec les autres membres. Cela ne protège ni les objets ou les buts de l'association, ni les moyens pour les atteindre. La *Charte* ne confère pas, et n'a jamais entendu conférer, une protection constitutionnelle à tous les actes d'un individu qui sont essentiels à la réalisation de ses buts ou objectifs personnels. Si la *Charte* accordait une protection aux actes et aux objets légitimes d'une association, cette dernière, du seul fait qu'il s'agit d'une association, jouirait en vertu de la *Charte* de droits plus étendus que les particuliers.

5. L'inadmissibilité de l'appelant aux prestations tenait non pas à son appartenance au syndicat, mais au fait que l'un des buts du syndicat interna-

national Union, to which his local was affiliated, was the allocation of union dues for the financing of the labour dispute at the appellant's place of work through the payment of strike pay from a common fund established for the purpose.

6. The impugned legislation has existed in Canada in essentially the same form since 1940. Private contracting parties who choose to arrange their affairs in such a way that some of them suffer in the face of pre-existing legislation on the happening of certain events do so of their own volition. It cannot be argued that the pre-existing legislation interferes with the appellant's right to associate because his union has set itself objects that may adversely affect his ability to claim unemployment insurance benefits.

The McKinnon Decision

Since the Federal Court of Appeal's brief reasons relied solely on its previous decision in *McKinnon, supra*, it is relevant here to summarize the facts and give more fully the reasons for judgment delivered by Pratte J. on behalf of that Court.

The facts in the *McKinnon* case closely resemble those in the present instance. Pratte J. summarized them as follows at p. 570:

Mrs. McKinnon was employed by a company where the employees, although represented by the same labour union, were divided into several bargaining units. She belonged to the union and, like all members, paid union dues part of which were used, as provided by the union's constitution, for a strike fund. In May 1975 Mrs. McKinnon lost her job as the result of a strike by employees of the same company who belonged to another bargaining unit but were represented by the same union. During the strike this union paid the strikers money from its strike fund, which had been set up using dues paid by all members of the union.

His *ratio* is as follows at pp. 571-72:

Counsel for the applicants first maintained that Mrs. McKinnon had not financed the strike because she had

tional, auquel sa section locale était affiliée, était l'affectation de cotisations syndicales au financement du conflit collectif à l'endroit où travaillait l'appelant, lequel financement devait s'effectuer par le paiement d'allocations de grève tirées d'un fonds commun constitué à cette fin.

6. La Loi attaquée existe au Canada essentiellement sous la même forme depuis 1940. Si des parties contractantes privées choisissent de s'organiser de manière à ce que, lorsque se produisent certains événements, certaines d'entre elles subissent des inconvénients en raison d'une loi déjà en vigueur, elles le font de leur plein gré. On ne saurait donc prétendre que cette loi préexistante porte atteinte à la liberté d'association de l'appelant du fait que son syndicat s'est fixé des objectifs qui risquent de compromettre sa capacité de réclamer des prestations d'assurance-chômage.

L'arrêt McKinnon

Comme les brefs motifs de la Cour d'appel fédérale reposent uniquement sur son arrêt antérieur *McKinnon*, précité, il convient de résumer ici les faits de cette affaire et d'exposer plus en détail les motifs du jugement rendu par le juge Pratte au nom de la Cour.

Les faits de l'affaire *McKinnon* ressemblent beaucoup à ceux de la présente espèce. Le juge Pratte les résume en ces termes, à la p. 570:

Madame McKinnon était à l'emploi d'une entreprise dont les employés, bien que représentés par la même union ouvrière, étaient divisés en plusieurs unités de négociation. Elle faisait partie de l'union et lui payait, comme tous les membres, une cotisation dont une partie servait, comme le prévoyait la constitution de l'union, à alimenter un fonds de grève. En mai 1975, madame McKinnon perdit son emploi en conséquence d'une grève déclenchée par des employés de la même entreprise faisant partie d'une autre unité de négociation mais qui étaient, cependant, représentés par la même union. Cette union a, pendant la grève, versé aux grévistes des secours financiers provenant de son fonds de grève qui avait été constitué à l'aide des cotisations payées par tous les membres de l'union.

Son jugement est ainsi motivé, aux pp. 571 et 572:

L'avocat des requérants a d'abord soutenu que madame McKinnon n'avait pas financé la grève parce

not paid any dues during the strike. He pointed out that the verb "finance" is used in the present tense in section 44(2), leading him to say that a person is financing a dispute within the meaning of this provision only if he is giving the strikers financial help during the strike. This argument seems to us to be without foundation. A person who is financing an activity is a person who is defraying its cost, and it does not matter whether the funds necessary for this purpose have been disbursed before the activity took place or while it is taking place; in either case it will be said, while the activity is taking place, that it is financed by the person who has made it possible.

Counsel for the applicants also maintained that a person could not be considered to be financing a labour dispute if he had not voluntarily procured financial assistance for one of the parties to the dispute. This condition has not been met in this case, he said. According to him, when Mrs. McKinnon paid her dues to the union, it was in consideration of services that the union could eventually render to her and not in order to contribute to the strike fund, which was to benefit the members of other bargaining units. This argument must also be rejected. A person who pays union dues that are to be used for a strike fund may do so for selfish reasons, but this does not mean he is participating any less voluntarily in the setting up of the fund. Moreover, such participation must be considered voluntary even if the obligation to pay the dues is imposed as a condition of employment, since legally the employee is always free to leave his job if the conditions of employment do not suit him.

Finally, counsel for the applicants pointed to the absurd consequences that would result from the *Umpire's* decision. If the fact that a person has contributed in the past to a union's strike fund is sufficient for that person to be considered to be financing a strike called by that union, the same would apply even if the contribution to the strike fund was made several years before the work stoppage. In our opinion this objection does not stand scrutiny. In each case it must be determined whether there is a sufficient connection between the financial contribution made by an individual and the labour dispute this contribution may have financed. This is a question of fact that must be resolved in light of the circumstances of each case.

qu'elle n'avait payé aucune cotisation pendant cette grève. Il a souligné que le verbe «financer» est employé au temps présent dans l'article 44(2), ce qui le conduit à dire qu'une personne ne finance un conflit au sens de cette disposition que si elle apporte un secours financier aux grévistes pendant la durée de la grève. Cet argument nous paraît dénué de fondement. Celui qui finance une activité, c'est celui qui en défraie le coût peu importe que les fonds nécessaires à cette fin aient été déboursés avant que l'activité n'ait lieu ou qu'ils le soient pendant que l'activité se déroule; dans l'un et l'autre on dira, pendant que l'activité a lieu, qu'elle est financée par celui qui l'a rendue possible.

L'avocat des requérants a aussi prétendu qu'une personne ne pouvait être considérée comme finançant un conflit de travail si elle n'avait pas volontairement procuré une aide financière à l'une des parties au conflit. Or, a-t-il dit, cette condition n'est pas remplie dans ce cas-ci. Suivant lui, si madame McKinnon a payé ses cotisations à l'union, c'est en considération des services que l'union pouvait éventuellement lui rendre et non dans le but de contribuer au fonds de grève devant profiter aux syndiqués membres d'autres unités de négociation. Cette prétention doit, elle aussi, être rejetée. Celui qui paie une cotisation syndicale qui doit servir à alimenter un fonds de grève peut le faire pour des motifs égoïstes, il n'en participe pas moins volontairement à la constitution de ce fonds. Et cette participation doit être considérée comme volontaire même si l'obligation de payer la cotisation est imposée comme condition d'emploi, car, en droit, l'employé est toujours libre de quitter son travail si les conditions d'emploi ne lui conviennent pas.

L'avocat des requérants, enfin, a fait état des conséquences absurdes auxquelles conduirait la décision du juge-arbitre. Si le fait qu'une personne ait contribué dans le passé au fonds de grève d'une union est suffisant pour que cette personne soit considérée comme finançant une grève déclenchée par cette union, il faudrait en dire autant même si la contribution au fonds de grève a eu lieu plusieurs années avant l'arrêt de travail. À notre avis, cette objection ne résiste pas à l'examen. Dans chaque cas il faut déterminer s'il existe une connexité suffisante entre la contribution financière apportée par un individu et le conflit de travail que cette contribution a pu financer. C'est là une question de fait qui doit être résolue à la lumière des circonstances de chaque espèce.

The decision in *McKinnon* appears to be the only Canadian precedent on the specific point at issue and does not seem to have been challenged until now.

Legislative History of the Act

A good starting point to interpret a statute properly is to examine, however briefly, its legislative history. The precursor of the Canadian statute, the *National Insurance Act*, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 55, was enacted in the United Kingdom in 1911 and was designed to provide benefits to those who were unemployed mainly because of lack of job opportunities. The Act was amended a number of times, mostly to alleviate problems encountered in its application (1920 (U.K.), 10 & 11 Geo. 5, c. 30; 1924 (U.K.), 14 & 15 Geo. 5, c. 30; 1927 (U.K.), 17 & 18 Geo. 5, c. 30) and was finally consolidated in 1935 (1935 (U.K.), 25 Geo. 5, c. 8).

The adoption of a similar scheme in Canada had been urged for a number of years. Eventually, in 1935, the Canadian Parliament introduced *The Employment and Social Insurance Act*, S.C. 1935, c. 38, which, while presenting obvious differences in many respects, contained a number of similarities, particularly as regards the disqualification provision which is of interest here. The same policy considerations seem to have inspired both pieces of legislation.

Although introduced in 1935, the Act was not enacted until 1940 because the question of the statute's constitutionality had been referred to the Supreme Court of Canada, which by a majority judgment held the statute to be *ultra vires* (*Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427). The Privy Council having affirmed the judgment, [1937] A.C. 355, the *Constitution Act, 1867*, was amended by adding in s. 91 a new heading "2A. Unemployment Insurance". The statute previously held invalid was re-enacted with some modifications as *The Unemployment Insurance Act, 1940*, S.C. 1940, c. 44.

L'arrêt *McKinnon* paraît constituer l'unique précédent canadien portant sur le point précis présentement en litige et il ne semble pas avoir été remis en question jusqu'à ce jour.

^a Historique de la Loi

Lorsqu'il s'agit d'interpréter correctement une loi, il est utile de commencer par un examen, si bref soit-il, de son historique. Le texte précurseur de la loi canadienne, soit la *National Insurance Act*, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, chap. 55, fut adopté en Angleterre en 1911; il était destiné à assurer des prestations aux personnes en chômage principalement en raison de l'absence de possibilités d'emploi. Modifiée à plusieurs reprises surtout afin d'apporter des solutions aux problèmes rencontrés dans son application (1920 (R.-U.), 10 & 11 Geo. 5, chap. 30; 1924 (R.-U.), 14 & 15 Geo. 5, chap. 30; 1927 (R.-U.), 17 & 18 Geo. 5, chap. 30), cette loi a finalement été refondue en 1935 (1935 (R.-U.), 25 Geo. 5, chap. 8).

Au Canada, on réclamait depuis plusieurs années l'adoption d'un régime semblable. C'est ainsi qu'en 1935 le Parlement canadien a finalement déposé la *Loi sur le placement et les assurances sociales*, S.C. 1935, chap. 38, qui, bien que manifestement différente à bien des égards du texte britannique, présentait certaines similitudes, particulièrement en ce qui concernait la disposition prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations, qui nous intéresse en l'espèce. L'une et l'autre loi semblent inspirées des mêmes considérations de politique générale.

Quoiqu'elle ait été déposée en 1935, la Loi n'est entrée en vigueur qu'en 1940, la question de sa constitutionnalité ayant été soumise à la Cour suprême du Canada qui, à la majorité, a conclu à son inconstitutionnalité (*Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427). Cet arrêt ayant été confirmé par le Conseil privé, [1937] A.C. 355, la *Loi constitutionnelle de 1867* a été modifiée par l'ajout à l'art. 91 d'un nouveau paragraphe: «2A. l'assurance-chômage». La loi qu'on avait jugée invalide a donc été adoptée de nouveau, avec quelques modifications, sous le titre de *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, chap. 44.

The Act was frequently amended in order to expand its scope, to remedy practical problems encountered in its administration, and to respond to changing social values and economic conditions; the present Act (S.C. 1970-71-72, c. 48) was assented to June 23, 1971. Amendments enacted since then did not affect the disqualification provision. It is remarkable that throughout these at times material amendments to the Act respecting both its philosophy and scope, s. 44, the central issue in this appeal, has changed very little from the original text in the English statute of 1924.

Section 44

It is instructive to trace the legislative history of s. 44.

(a) *England*

The first English disqualification provision, adopted in 1911, read as follows:

87.—(1) A workman who has lost employment by reason of a stoppage of work which was due to a trade dispute at the factory, workshop, or other premises at which he was employed, shall be disqualified for receiving unemployment benefit so long as the stoppage of work continues, except in a case where he has, during the stoppage of work, become bonâ fide employed elsewhere in an insured trade.

Where separate branches of work which are commonly carried on as separate businesses in separate premises are in any case carried on in separate departments on the same premises, each of those departments shall, for the purposes of this provision, be deemed to be a separate factory or workshop or separate premises, as the case may be.

(2) A workman who loses employment through misconduct or who voluntarily leaves his employment without just cause shall be disqualified for receiving unemployment benefit for a period of six weeks from the date when he so lost employment.

(3) A workman shall be disqualified for receiving unemployment benefit whilst he is an inmate of any prison or any workhouse or other institution supported wholly or partly out of public funds, and whilst he is resident temporarily or permanently outside the United Kingdom.

Cette loi a été fréquemment modifiée afin d'en élargir la portée, de remédier à certains problèmes pratiques posés par son application et de mieux refléter l'évolution des valeurs sociales et des conditions économiques; la Loi actuelle a reçu la sanction royale le 23 juin 1971 (S.C. 1970-71-72, chap. 48). Les modifications apportées depuis lors n'ont pas touché à la disposition prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations. Il est remarquable qu'en dépit de toutes ces modifications, parfois importantes, de la philosophie et de la portée de la Loi, l'art. 44, qui est l'objet principal du présent pourvoi, n'ait subi que très peu de changements par rapport au texte original que l'on trouve dans la loi anglaise de 1924.

L'article 44

Il est instructif de retracer l'historique de l'art. 44.

a) *L'Angleterre*

La première disposition anglaise prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations fut adoptée en 1911. En voici le texte:

[TRADUCTION] 87.—(1) Un ouvrier qui a perdu son emploi par suite d'un arrêt d'ouvrage attribuable à un différend de travail survenu à la fabrique, à l'atelier ou en d'autres lieux où il était employé est exclu du bénéfice des prestations d'assurance-chômage aussi longtemps que dure l'arrêt de travail, sauf si, pendant cet arrêt de travail, il a été de bonne foi employé ailleurs dans un métier assuré.

Lorsque des branches d'activités distinctes qui sont ordinairement exercées en tant qu'entreprises distinctes dans des locaux distincts, sont exercées dans des services différents situés dans les mêmes locaux, chacun de ces services est censé, aux fins de la présente disposition, être une fabrique ou un atelier distincts ou des locaux distincts, selon le cas.

(2) Un ouvrier qui perd son emploi pour cause d'inconduite ou qui quitte volontairement son emploi sans raison valable est exclu du bénéfice des prestations d'assurance-chômage pendant six semaines à compter de la date où il a perdu son emploi.

(3) Un ouvrier est exclu du bénéfice des prestations d'assurance-chômage pendant qu'il est détenu dans une prison ou interné dans un asile d'indigents ou dans tout autre établissement financé en totalité ou en partie par des deniers publics, et pendant qu'il réside, temporairement ou en permanence, hors du Royaume-Uni.

(4) A workman shall be disqualified for receiving unemployment benefit while he is in receipt of any sickness or disablement benefit or disablement allowance under Part I. of this Act.

Section 107, with its definitions of "workman", "employment", "trade dispute", and other terms, is not relevant here.

In the 1920 statute, the exception clause was widened to enable a claimant to avoid disqualification by showing that he had cut himself off from his former job by changing his occupation. Until 1920, only a change in the place of employment brought the exception into play. As amended, the exception read:

8.—(1) An insured contributor who has lost employment by reason of a stoppage of work which was due to a trade dispute at the factory, workshop, or other premises at which he was employed shall be disqualified for receiving unemployment benefit so long as the stoppage of work continues, except in a case where he has, during the stoppage of work, become bonâ fide employed elsewhere in the occupation which he usually follows or has become regularly engaged in some other occupation.

Where separate branches of work which are commonly carried on as separate businesses in separate premises are in any case carried on in separate departments on the same premises, each of those departments shall, for the purposes of this provision, be deemed to be a separate factory or workshop or separate premises, as the case may be.

In 1924, the formula ultimately adopted provided:

4.—(1) Subsection (1) of section eight of the principal Act (which imposes a disqualification for the receipt of benefit during a stoppage of work) shall not apply in any case in which the insured contributor proves that he is not participating in or financing or directly interested in the trade dispute which caused the stoppage of work, and that he does not belong to a grade or class of workers members of which are participating in or financing or directly interested in the dispute, or that the stoppage is due to an employer acting in a manner so as to contravene the terms or provisions of any agreement existing between a group of employers where the stoppage takes place, or of a national agreement to either of which the employers and employees are contracting parties.

(4) Un ouvrier est exclu du bénéfice des prestations d'assurance-chômage tant qu'il touche des prestations de maladie ou d'invalidité ou des allocations d'invalidité en vertu de la partie I de la présente loi.

L'article 107, qui définit les termes «ouvrier», «emploi», «différend de travail», etc., n'est pas pertinent en l'espèce.

Dans la loi de 1920, la disposition d'exception a été élargie de manière à permettre à un prestataire d'éviter l'exclusion du bénéfice des prestations en démontrant qu'il avait coupé tous liens avec son ancien emploi en changeant de travail. Jusqu'en 1920, cette exception ne jouait que lorsqu'on changeait également de lieu de travail. Dans sa version modifiée, l'exception portait:

[TRADUCTION] 8.—(1) Le cotisant assuré qui a perdu son emploi par suite d'un arrêt d'ouvrage attribuable à un différend de travail survenu à la fabrique, à l'atelier ou en d'autres lieux où il était employé est exclu du bénéfice des prestations d'assurance-chômage aussi longtemps que dure l'arrêt de travail, sauf si, pendant cet arrêt de travail, il a été de bonne foi employé ailleurs dans le cadre de l'occupation qui est habituellement la sienne ou s'il s'est mis à exercer quelque autre occupation d'une façon régulière.

Lorsque des branches d'activités distinctes qui sont ordinairement exercées en tant qu'entreprises distinctes dans des locaux distincts, sont exercées dans des services différents situés dans les mêmes locaux, chacun de ces services est censé, aux fins de la présente disposition, être une fabrique ou un atelier distincts ou des locaux distincts, selon le cas.

En 1924, on a finalement adopté la formulation suivante:

[TRADUCTION] 4.—(1) Le paragraphe (1) de l'article huit de la loi principale (qui prescrit l'exclusion du bénéfice des prestations en cas d'arrêt de travail) ne s'applique pas si le cotisant assuré prouve qu'il ne participe pas au différend de travail qui a causé l'arrêt de travail, qu'il ne le finance pas et qu'il n'y est pas directement intéressé et qu'il n'appartient pas à un rang ou à une classe d'ouvriers dont certains membres participent au différend de travail ou le financent ou y sont directement intéressés, ou que l'arrêt de travail résulte de ce qu'un employeur agit d'une manière contraire aux termes ou aux dispositions d'une convention regroupant plusieurs employeurs, lesquels sont touchés par l'arrêt de travail, ou d'une convention nationale, lorsque employeurs et employés sont parties à l'une ou l'autre convention.

In 1927, two amendments were made to s. 4(1):

6. Subsection (1) of section four of the Unemployment Insurance (No. 2) Act, 1924, shall have effect as if there were substituted for the words "members of which" the words "of which immediately before the commencement of the stoppage there were members employed at the premises at which the stoppage is taking place any of whom," and as if all the words after "in the dispute" were omitted.

The Unemployment Insurance Acts were consolidated in 1935 without any discussion of the trade dispute disqualification provision. Section 26 of the *Unemployment Insurance Act*, 1935 read as follows:

26.—(1) An insured contributor who has lost employment by reason of a stoppage of work which was due to a trade dispute at the factory, workshop or other premises at which he was employed shall be disqualified for receiving benefit so long as the stoppage of work continues, except in a case where he has, during the stoppage of work, become bona fide employed elsewhere in the occupation which he usually follows, or has become regularly engaged in some other occupation:

Provided that this subsection shall not apply in a case where the insured contributor proves—

- (a) that he is not participating in or financing or directly interested in the trade dispute which caused the stoppage of work; and
- (b) that he does not belong to a grade or class of workers of which, immediately before the commencement of the stoppage, there were members employed at the premises at which the stoppage is taking place, any of whom are participating in or financing or directly interested in the dispute.

(2) Where separate branches of work which are commonly carried on as separate businesses in separate premises are in any case carried on in separate departments on the same premises, each of those departments shall for the purposes of this section be deemed to be a separate factory or workshop or separate premises, as the case may be.

En 1927, deux modifications ont été apportées au par. 4(1):

[TRADUCTION] 6. Le paragraphe (1) de l'article quatre de l'Unemployment Insurance (No. 2) Act, 1924, s'applique comme si l'expression «dont certains membres» avait été remplacée par les mots «parmi lesquels, immédiatement avant le commencement de l'arrêt, se trouvaient des membres employés aux lieux touchés par l'arrêt, et dont l'un ou plusieurs» et comme si tout ce qui suit l'expression «y sont directement intéressés» avait été supprimé.

Les lois relatives à l'assurance-chômage ont été refondues en 1935 sans même de discussion sur la disposition prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations dans le cas d'un différend de travail. L'article 26 de l'*Unemployment Insurance Act*, 1935, est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 26.—(1) Le cotisant assuré qui a perdu son emploi par suite d'un arrêt d'ouvrage attribuable à un différend de travail survenu à la fabrique, à l'atelier ou en d'autres lieux où il était employé est exclu du bénéfice des prestations aussi longtemps que dure l'arrêt de travail, sauf si, pendant cet arrêt de travail, il a été de bonne foi employé ailleurs dans le cadre de l'occupation qui est habituellement la sienne ou s'il s'est mis à exercer quelque autre occupation d'une façon régulière.

Le présent paragraphe ne s'applique toutefois pas dans le cas où le cotisant assuré prouve—

- a) qu'il ne participe pas au différend de travail qui a causé l'arrêt d'ouvrage, qu'il ne le finance pas et qu'il n'y est pas directement intéressé; et
- b) qu'il n'appartient pas à un rang ou à une classe d'ouvriers parmi lesquels, immédiatement avant le commencement de l'arrêt, se trouvaient des membres employés aux lieux touchés par l'arrêt, et dont l'un ou plusieurs participent au différend de travail ou le financent ou y sont directement intéressés.

(2) Lorsque des branches d'activités distinctes qui sont ordinairement exercées en tant qu'entreprises distinctes dans des locaux distincts, sont exercées dans des services différents situés dans les mêmes locaux, chacun de ces services est censé, aux fins du présent article, être une fabrique ou un atelier distincts ou des locaux distincts, selon le cas.

(b) *Canada*

The Unemployment Insurance Act, 1940 incorporated almost verbatim s. 26 above of the English statute:

43. An insured person shall be disqualified for receiving benefit—

(a) if he has lost his employment by reason of a stoppage of work, which was due to a labour dispute at the factory, workshop or other premises at which he was employed, except where he has, during a stoppage of work, become *bona fide* employed elsewhere in the occupation which he usually follows, or has become regularly engaged in some other occupation, but this disqualification shall last only so long as the stoppage of work continues, and shall not apply in any case in which the insured person proves

- (i) that he is not participating in, or financing or directly interested in the labour dispute which caused the stoppage of work, and
- (ii) that he does not belong to a grade or class of workers of which immediately before the commencement of the stoppage there were members employed at the premises at which the stoppage is taking place any of whom are participating in or financing or directly interested in the dispute, and where separate branches of work which are commonly carried on as separate businesses in separate premises are carried on in separate departments on the same premises, each of those departments shall, for the purposes of this provision, be deemed to be a separate factory or workshop or separate premises, as the case may be;

In 1946, *An Act to amend The Unemployment Insurance Act, 1940*, S.C. 1946, c. 68, s. 7, provided that "Sections twenty-seven to forty-nine, inclusive . . . of the said Act . . . are repealed and the following substituted therefor:

39. (1) An insured person shall be disqualified from receiving benefit if he has lost his employment by reason of a stoppage of work due to a labour dispute at the factory, workshop or other premises at which he was employed unless he has, during the stoppage of work, become *bona fide* employed elsewhere in the occupation which he usually follows, or has become regularly engaged in some other occupation; but this disqualification shall last only so long as the stoppage of work continues.

(2) An insured person shall not be disqualified under this section if he proves

b) *Le Canada*

La *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage* a repris presque textuellement l'art. 26 de la loi anglaise:

43. Un assuré n'a pas qualité pour recevoir une prestation

a) S'il a perdu son emploi par suite d'un arrêt d'ouvrage attribuable à un différend de travail survenu à la fabrique, à l'atelier ou autres lieux où il était employé, sauf si, durant un arrêt de travail, il a été de bonne foi employé ailleurs à l'occupation qu'il poursuit habituellement, ou est devenu régulièrement engagé dans quelque autre occupation; mais cette déchéance ne dure qu'autant que persiste l'arrêt d'ouvrage et ne s'applique en aucun cas où l'assuré établit

(i) qu'il ne participe pas au différend de travail ayant causé l'arrêt d'ouvrage, ni qu'il le finance ni qu'il y est directement intéressé; et

(ii) qu'il n'appartient pas à un rang ou à une classe d'ouvriers parmi lesquels, immédiatement avant le commencement de l'arrêt, se trouvaient des membres employés aux lieux où l'arrêt se produit, et dont l'un ou plusieurs d'entre eux participent au différend, ou le financent ou y sont directement intéressés; et lorsque des branches distinctes de travail qui sont communément poursuivies comme affaires distinctes dans des locaux distincts, sont poursuivies dans des départements distincts sur les mêmes lieux, chacun de ces départements est, pour les fins de la présente disposition, censé une fabrique ou un atelier distinct ou des locaux distincts, selon le cas;

En 1946, la *Loi modifiant la Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1946, chap. 68, art. 7, disposait que «Les articles vingt-sept à quarante-neuf inclusivement de ladite loi . . . sont abrogés et remplacés par les suivants:

39. (1) Un assuré n'a pas qualité pour recevoir une prestation s'il a perdu son emploi par suite d'un arrêt d'ouvrage attribuable à un différend de travail survenu à la fabrique, à l'atelier ou autre lieu où il était employé, à moins que, durant un arrêt de travail, il n'ait été de bonne foi employé ailleurs à l'occupation qu'il poursuit habituellement, ou ne soit devenu régulièrement engagé dans quelque autre occupation; mais cette perte de droit ne dure qu'autant que persiste l'arrêt d'ouvrage.

(2) Un assuré n'est pas privé de sa qualité en vertu du présent article, s'il prouve

- (a) that he is not participating in, or financing or directly interested in the labour dispute which caused the stoppage of work; and
- (b) that he does not belong to a grade or class of workers of which immediately before the commencement of the stoppage there were members employed at the premises at which the stoppage is taking place any of whom are participating in, financing or directly interested in the dispute.

(3) Where separate branches of work which are commonly carried on as separate businesses in separate premises are carried on in separate departments on the same premises, each department shall, for the purpose of this section, be deemed to be a separate factory or workshop.”

A slight change was made to the drafting of the disqualification provision during a complete revision of the Act which took place in 1955 (S.C. 1955, c. 50):

63. (1) An insured person who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute at the factory, workshop or other premises at which he was employed, is disqualified from receiving benefit until

- (a) the termination of the stoppage of work,
 - (b) he becomes *bona fide* employed elsewhere in the occupation that he usually follows, or
 - (c) he has become regularly engaged in some other occupation,
- whichever event first occurs.

(2) An insured person is not disqualified under this section if he proves that

- (a) he is not participating in, or financing or directly interested in the labour dispute that caused the stoppage of work, and
- (b) he does not belong to a grade or class of workers that, immediately before the commencement of the stoppage, included members who were employed at the premises at which the stoppage is taking place and are participating in, financing or directly interested in the dispute.

(3) Where separate branches of work that are commonly carried on as separate businesses in separate premises are carried on in separate departments on the same premises, each department shall, for the purpose of this section, be deemed to be a separate factory or workshop.

- a) qu'il ne participe pas au différend de travail ayant causé l'arrêt d'ouvrage, ni qu'il le finance ni qu'il y est directement intéressé; et
- b) qu'il n'appartient pas à un rang ou à une classe d'ouvriers parmi lesquels, immédiatement avant le commencement de l'arrêt, se trouvaient des membres employés aux lieux où l'arrêt se produit, et dont l'un ou plusieurs d'entre eux participent au différend de travail, le financent ou y sont directement intéressés.

(3) Lorsque des branches distinctes de travail qui sont communément poursuivies comme affaires distinctes dans des locaux distincts, sont poursuivies dans des services distincts sur les mêmes lieux, chaque service est, pour les fins du présent article, censé être une fabrique ou un atelier distinct.»

En 1955, dans le cadre de la refonte complète de la Loi (S.C. 1955, chap. 50), on a légèrement modifié le texte de la disposition prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations:

63. (1) Un assuré qui a perdu son emploi par suite d'un arrêt d'ouvrage attribuable à un différend de travail survenu à la fabrique, à l'atelier ou autre local où il était employé, est exclu de la prestation

- a) jusqu'à la fin de l'arrêt d'ouvrage,
- b) jusqu'à ce qu'il devienne, de bonne foi, employé ailleurs à l'occupation qu'il poursuit habituellement, ou
- c) jusqu'à ce qu'il soit devenu régulièrement engagé dans quelque autre occupation,

selon celui de ces événements qui se produit en premier lieu.

(2) Un assuré n'est pas exclu de la prestation d'après le présent article, s'il prouve

- a) qu'il ne participe pas au différend de travail ayant causé l'arrêt d'ouvrage, qu'il ne le finance pas ou qu'il n'y est pas directement intéressé, et
- b) qu'il n'appartient pas à un rang ou à une classe d'ouvriers parmi lesquels, immédiatement avant le commencement de l'arrêt, se trouvaient des membres, employés aux lieux où l'arrêt se produit, qui participent au différend de travail, le financent ou y sont directement intéressés.

(3) Lorsque des branches distinctes de travail, communément exercées comme affaires distinctes dans des locaux distincts, sont poursuivies dans des services différents sur les mêmes lieux, chaque service est, aux fins du présent article, censé être une fabrique ou un atelier distinct.

The phrase "labour dispute" was defined in s. 2(j) of the Act:

(j) "labour dispute" means any dispute between employers and employees, or between employees and employees, that is connected with the employment or non-employment, or the terms or conditions of employment, of any persons;

The current provision, set out in s. 44 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* and reproduced at the outset of my reasons, has undergone no change to this date.

The Purpose of the Act

"A statute begins with an objective that may be called a political or social objective. This objective is but a vision of the ultimate end the desired law is intended to achieve. The means for the attainment of that objective must then be devised; these will be embodied in some social, financial, political, economic, legal or other plan" (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 73).

There is no doubt that legislation relating to unemployment, when first enacted in England and later in Canada, had a social objective. The economic depression of the 1930's resulted in a number of people being unemployed because of a lack of job opportunities. It gave rise to pressure for a wider range of social programs on the part of the Canadian government. Those concerns are clearly stated in the preamble of *The National Employment Commission Act, 1936*, S.C. 1936, c. 7, later re-enacted as the 1940 Act:

WHEREAS unemployment has been for several years Canada's most urgent national problem, and until such time as the normal revival of trade and industry will absorb a large percentage of unemployed workers, it is essential that steps be taken to find ways and means of providing remunerative employment, thus reducing the numbers at present on relief, and lessening the burden of taxation; and whereas, to achieve a nation-wide co-operative effort in reducing the numbers on relief and in providing employment, it is necessary to have the effective co-operation of the provinces and municipalities, and to enlist the co-operation of employers' and employees' associations throughout the Dominion, as well as of such other public and private agencies as may

L'expression «différend de travail» était définie à l'al. 2e) de la Loi:

e) «différend de travail» signifie tout différend entre employeurs et employés, ou entre employés, qui porte sur l'emploi ou le non-emploi ou les conditions d'emploi de tous individus;

La disposition actuellement en vigueur est l'art. 44 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, reproduit au début de la présente opinion. Cet article n'a subi jusqu'à maintenant aucune modification.

L'objet de la Loi

[TRADUCTION] «Toute loi a pour point de départ un objectif qui peut être soit politique soit social. Cet objectif ne représente qu'une vision du but ultime que la loi tend à atteindre. Il s'agit donc alors de concevoir les moyens d'atteindre cet objectif et de leur donner corps dans un régime social, financier, politique, économique, juridique ou autre» (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), à la p. 73).

Il ne fait pas de doute que les lois en matière d'assurance-chômage adoptées en Angleterre, puis au Canada, visaient un objectif social. La dépression économique des années 30 a eu pour effet d'accroître le nombre de sans-emplois en l'absence de possibilités d'emploi. Le gouvernement canadien a subi des pressions pour qu'il élargisse l'éventail des programmes sociaux. Les préoccupations de l'époque sont clairement énoncées dans le préambule de la *Loi sur la Commission nationale de placement, 1936*, S.C. 1936, chap. 7, adoptée de nouveau par la suite comme la loi de 1940:

CONSIDÉRANT que le chômage est, depuis plusieurs années, la question nationale la plus urgente au Canada, et que jusqu'au moment où la reprise normale de l'industrie et du commerce absorbera une forte proportion de sans-travail, il est essentiel de prendre des mesures pour découvrir des voies et moyens de procurer des emplois rémunérateurs, ce qui diminuerait le nombre actuel des personnes secourues et amoindrirait le fardeau des impôts; et considérant que pour obtenir un effort coopératif, s'étendant à toute la nation, pour diminuer le nombre des personnes secourues et procurer de l'emploi, il est nécessaire d'obtenir la coopération efficace des provinces et des municipalités ainsi que la collaboration des associations d'employeurs et d'em-

be in a position to provide employment or to suggest what is practicable in the way of re-employment projects; and whereas, it would appear that such nationwide co-operative effort can best be effected through the appointment of a representative national commission, with power to co-operate with the provinces, municipalities and other agencies in respect of unemployment relief, and in an endeavour to provide work for the unemployed: Therefore His Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

Wilson J., in the course of her reasons in *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, stated at p. 10:

Since the overall purpose of the Act is to make benefits available to the unemployed, I would favour a liberal interpretation of the re-entitlement provisions. I think any doubt arising from the difficulties of the language should be resolved in favour of the claimant.

La Forest J. in *Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 678, wrote at p. 680:

The *Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72* (Can.), c. 48, as the name implies, establishes a scheme that provides for cash payments to persons exercising an insurable employment on the termination of their employment. The necessary monies are derived in part from premiums paid by the employees and their employers. These premiums, fixed each year by the Unemployment Insurance Commission established under the Act, are calculated in terms of a percentage of the "insurable earnings" of the employees in that year.

The basic thrust of the original Act remained constant through the years. Its numerous amendments were designed to expand qualifying conditions and increase benefits and contributions in order to eliminate inequities, to promote employment opportunities and to co-ordinate other social assistance programs. The shift, if any, was rather from the main protection objective to the labour market objective. The Act's insurance feature prevailed all along through the national pooling of both the risks and the costs of unemployment.

ployés dans tout le Dominion, de même que celle de tous les autres organismes publics et privés qui peuvent être en mesure de procurer de l'emploi ou de suggérer des moyens pratiques en vue de projets de réemploi; et considérant que cet effort coopératif, s'étendant à toute la nation, peut, semble-t-il, être le mieux obtenu par l'établissement d'une commission nationale représentative, revêtue du pouvoir de coopérer avec les provinces, les municipalités et autres organismes concernant les secours aux chômeurs, et dans l'effort à accomplir pour procurer du travail aux chômeurs; à ces causes, Sa Majesté, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, décrète:

Dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, le juge Wilson affirme, à la p. 10:

Puisque le but général de la Loi est de procurer des prestations aux chômeurs, je préfère opter pour une interprétation libérale des dispositions relatives à la réadmissibilité aux prestations. Je crois que tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du prestataire.

Dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 678, le juge La Forest écrit, à la p. 680:

La *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72* (Can.), chap. 48, comme l'indique son nom, crée un régime qui prévoit le paiement de prestations en espèces aux personnes exerçant un emploi assurable en cas de cessation de leur emploi. Les fonds requis proviennent en partie de cotisations des employés et de leurs employeurs. Ces cotisations, fixées pour chaque année par la Commission d'assurance-chômage établie par la Loi, sont exprimées en pourcentages des «rémunérations assurables» des employés pour l'année.

Au fil des ans, l'objectif premier de la loi originale est demeuré inchangé. Les nombreuses modifications qui y ont été apportées étaient destinées à assouplir les conditions d'admissibilité et à augmenter les prestations et les cotisations afin d'éliminer les injustices. Elles visaient en outre à favoriser la création d'emplois et à coordonner les autres programmes d'aide sociale. Le changement, s'il en est, réside plutôt dans le fait qu'on soit passé de l'objectif principal de protection à l'objectif du marché du travail. Par le partage à l'échelle nationale tant du risque que du coût du chômage, la Loi a toujours conservé son caractère de régime d'assurance.

The Purpose of s. 44

At the time the s. 44 provision was enacted in England, it was undoubtedly intended that the use of union strike funds for strike pay at the claimant's place of work would disentitle employees, out of work because of the strike, from unemployment benefits. It was not intended to compensate employees who either left their employment voluntarily or lost it for reasons of misconduct.

As the unemployment insurance fund was made up of contributions from employers, employees and government, it was considered undesirable or even inequitable that such benefits be used to support employees, on strike or locked-out, against the employer. State neutrality in a labour dispute was a main consideration. However, it can reasonably be assumed from the wording of s. 44 that the innocent victims of a labour dispute were not intended to be penalized. Furthermore, it is noteworthy that the English Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations (1965-1968) recommended that a claimant should not be regarded as financing a dispute simply because he was a member of a trade union which is paying strike benefits to those on strike (M. A. Hickling, *Labour Disputes and Unemployment Insurance Benefits in Canada and England* (1975), at p. 215).

In *Abrahams, supra*, Wilson J. discussed the interpretation of s. 44(1)(c) of the Act—albeit in a different context—in terms of whether the claimant had become “regularly engaged in some other occupation”. Delivering the unanimous judgment of the Court, she said at p. 9:

It is, I think, legitimate to ask what the object of the legislature was in enacting s. 44. Clearly involvement in a labour dispute was to terminate a complainant's entitlement to benefits. However, his entitlement would be restored if the requirements of either para. (b) or para. (c) were met.

L'objet de l'art. 44

Il ne fait pas de doute qu'à l'époque où la disposition anglaise correspondant à l'art. 44 de la Loi a été adoptée, elle l'a été en vue de rendre inadmissibles aux prestations d'assurance-chômage les employés qui se trouvaient sans travail en raison d'une grève au même lieu de travail lorsque ces grévistes touchaient des allocations de grève payées à même le fonds de grève syndical. Cette disposition n'était pas destinée à indemniser les employés qui quittaient volontairement leur emploi ou le perdaient pour cause d'inconduite.

Comme le fonds d'assurance-chômage se composait des cotisations versées par les employeurs, les employés et le gouvernement, on considérerait qu'il était peu souhaitable, voire inéquitable, que les prestations provenant de ce fonds servent à soutenir, à l'encontre de ce même employeur, ses employés en grève ou en lock-out. À cet égard, la neutralité de l'État face aux conflits de travail a été une considération primordiale. Cependant, on peut raisonnablement conclure du texte de l'art. 44 que cette disposition n'avait pas pour but de pénaliser les victimes innocentes d'un conflit de travail. En outre, il vaut la peine de souligner que la Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations (1965-1968) de l'Angleterre a recommandé qu'un prestataire ne soit pas considéré comme finançant un conflit du seul fait qu'il appartienne à un syndicat qui verse aux grévistes des allocations de grève (M. A. Hickling, *Labour Disputes and Unemployment Insurance Benefits in Canada and England* (1975), à la p. 215).

Dans l'arrêt *Abrahams*, précité, le juge Wilson a traité de l'interprétation de l'al. 44(1)c) de la Loi, quoique dans un contexte différent, soit de savoir si le prestataire s'était «mis à exercer quelque autre occupation d'une façon régulière». En rendant l'arrêt unanime de la Cour, le juge Wilson affirme, à la p. 9:

Il est légitime, je crois, de se demander ce que visait le législateur en adoptant l'art. 44. De toute évidence, il a voulu que la participation d'un prestataire à un conflit de travail mette fin à son admissibilité aux prestations. Toutefois son admissibilité est rétablie si les conditions de l'al. b) ou de l'al. c) sont remplies.

Since the purpose of the Act is to make benefits available to the unemployed, a liberal interpretation of the re-entitlement provisions is warranted, given that the Act was not designed to deprive innocent victims of a labour dispute of the benefits of the Act and also given that employees do contribute to the unemployment insurance fund.

The Underlying Rationale

The two principles generally invoked in the interpretation of s. 44 rest on the proposition that government neutrality should be preserved in a labour dispute and that it would be inequitable for an employer's contribution to the Unemployment Insurance fund to finance a strike against himself. Hickling, *op. cit.*, at p. 1, puts it as follows:

The neutrality of the state is to be preserved, and funds to which employers are compelled to contribute are not to be used against them.

This rationale has been criticized.

(a) *Government Neutrality in a Labour Dispute*

In order to remain neutral the law should but does not distinguish between strikes and lock-outs. The reasonableness of the claims and the merits of the dispute are ignored in the determination of the question whether the labour dispute actually exists. The government can hardly invoke neutrality if it declines to differentiate between a legitimate grievance leading to a lock-out and a voluntary stoppage of work following a breakdown in industrial relations. It is indeed difficult to classify as neutral a refusal to pay benefits in the former situation (T. Norris, "Dissociating from a Trade Dispute, and Claiming Unemployment Benefit" (1985), 135 *New L.J.* 967, at p. 967). As mentioned by S. H. Ephron: "The neutrality principle can serve as a justification for the "labor dispute disqualification" only if the parties to the dispute stand on equal footing. In the majority instances they do not" (S. H. Ephron, "Redefining Neutrality: Alternative Interpretations of the Labor Dis-

Comme la Loi vise à assurer des prestations aux personnes sans travail, il est justifié de donner une interprétation libérale aux dispositions relatives à la réadmissibilité aux prestations, étant donné que la Loi n'est pas conçue pour priver des avantages qu'elle confère les victimes innocentes d'un conflit de travail et compte tenu également du fait que les employés cotisent à la caisse d'assurance-chômage.

b Les principes sous-jacents

Les deux principes généralement invoqués en interprétant l'art. 44 reposent sur la thèse portant que le gouvernement doit rester neutre face à un conflit de travail et qu'il serait inéquitable qu'une grève dirigée contre un employeur soit financée au moyen des cotisations qu'il a versées à la caisse d'assurance-chômage. Hickling, *op. cit.*, fait observer à la p. 1:

[TRADUCTION] La neutralité de l'État doit être maintenue et le fonds auquel les employeurs sont tenus de contribuer ne doit pas être utilisé contre eux.

Ces principes ont été critiqués.

e a) *La neutralité gouvernementale face à un conflit de travail*

Pour conserver sa neutralité, la loi devrait distinguer entre les grèves et les lock-out, ce qu'elle ne fait pas. Ni le caractère raisonnable des revendications ni le bien-fondé de la mécontente n'entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a vraiment un conflit de travail. Le gouvernement ne saurait guère invoquer le principe de la neutralité s'il refuse de distinguer entre un grief légitime qui aboutit à un lock-out et un débrayage volontaire à la suite d'une rupture des relations de travail. En fait, il est difficile de qualifier de neutre le refus de payer des prestations dans le premier cas (T. Norris, «Dissociating from a Trade Dispute, and Claiming Unemployment Benefit» (1985), 135 *New L.J.* 967, à la p. 967). Comme l'a mentionné S. H. Ephron: [TRADUCTION] «Le principe de la neutralité ne peut servir de justification à «l'exclusion du bénéfice des prestations dans le cas d'un conflit de travail» que si les parties à ce conflit se trouvent sur un pied d'égalité. Or, le plus souvent, elles ne le sont pas» (S. H. Ephron, «Redefining Neutrality: Alternative Interpretations of the Labor Dispute Disqualification in

pute Disqualification in Unemployment Compensation" (1986), 8 *Comp. Lab. L.* 89, at p. 104).

If an employer insists upon unreasonable terms in the settlement of a labour dispute and the employees are aware of the fact that unemployment insurance benefits will not be paid if there is a stoppage of work due to lack of agreement, the employees may be induced to accept unfavourable terms of employment which they would not otherwise accept. Under such conditions the Act becomes an instrument of coercion (*In re McKay* (1946), 53 Man. R. 364, at pp. 372-73). A refusal to pay benefits in those circumstances is hardly a neutral stance. Likewise, to guarantee benefits only to those who do not pay union dues may deter workers from combining their economic strength, particularly if the payment of union dues is construed as financing the dispute (see M. I. Shadur, "Unemployment Benefits and the "Labor Dispute" Disqualification" (1950), 17 *U. Chi. L. Rev.* 294, at pp. 296 to 298; L. Lesser, "Labor Disputes and Unemployment Compensation" (1945), 55 *Yale L.J.* 167; Note, "Eligibility for Unemployment Benefits of Persons Involuntarily Unemployed Because of Labor Disputes" (1949), 49 *Colum. L. Rev.* 550).

In the final analysis, while it might be desirable that the government remain neutral in a labour dispute, it is questionable whether the disqualification provision, applied to the circumstances of this case, would in fact achieve such a result. Absent proof, as here, that the claimant voluntarily chose unemployment in order to foster the strike, the neutrality principle does not seem to justify depriving such claimant of unemployment insurance benefits.

(b) *Employer Financing Strike Against Himself*

It is also argued that the legislature cannot have intended that the employer, through his contribution to the unemployment compensation fund, finance a strike against himself. This argument

Unemployment Compensation" (1986), 8 *Comp. Lab. L.* 89, à la p. 104).

Si un employeur fixe des conditions déraisonnables au règlement d'un conflit et que les employés savent qu'ils ne toucheront pas de prestations d'assurance-chômage si un arrêt de travail résulte de l'absence de consensus, cela peut inciter ces employés à accepter des conditions de travail défavorables qu'ils n'auraient pas autrement acceptées. Dans un tel cas, la Loi devient un instrument de coercition (*In re McKay* (1946), 53 Man. R. 364, aux pp. 372 et 373). Le refus de verser des prestations dans ces circonstances ne traduit guère une position de neutralité. De même, garantir des prestations seulement à ceux qui ne paient pas de cotisations syndicales peut avoir pour effet de dissuader les travailleurs d'unir leur force économique, particulièrement si le paiement de cotisations syndicales est interprété comme un financement du conflit de travail (voir M. I. Shadur, «Unemployment Benefits and the «Labor Dispute» Disqualification» (1950), 17 *U. Chi. L. Rev.* 294, aux pp. 296 à 298; L. Lesser, «Labor Disputes and Unemployment Compensation» (1945), 55 *Yale L.J.* 167; Note, «Eligibility for Unemployment Benefits of Persons Involuntarily Unemployed Because of Labor Disputes» (1949), 49 *Colum. L. Rev.* 550).

En définitive, bien qu'il puisse être souhaitable que le gouvernement reste neutre face à un conflit de travail, il est douteux que, dans la présente affaire, l'application de la disposition prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations permette effectivement d'obtenir ce résultat. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il n'y a aucune preuve établissant que le prestataire a volontairement choisi le chômage pour faire durer la grève, le principe de la neutralité ne paraît pas justifier que ce prestataire soit empêché de toucher des prestations d'assurance-chômage.

(b) *L'employeur qui finance une grève dirigée contre lui-même*

On prétend en outre que le législateur n'a pas pu vouloir que l'employeur, par son apport à la caisse d'assurance-chômage, finance une grève dirigée contre lui-même. Cet argument ne tient pas

does not take into account that such contributions will eventually be shifted by the employer to the consumer or to his or her employees. Such "financing" may not even materialize since strikes are often of lesser duration than the usual benefit-waiting period. Even if it did, the absence of benefits during the waiting period, combined with the prospect of benefits amounting to a fraction of normal wages, will rather dissuade labour unions from calling a strike than encourage them to do so (Shadur, *loc. cit.*, at p. 298).

I do not think that it is necessary to belabour the point further. Suffice it to say that the rationale underlying s. 44 as it was originally enacted in England and later incorporated in its Canadian counterpart, does not today enjoy much favour in the United States or in Canada and no wonder, given the materially different state of labour relations.

The Labour Relations Context

Many changes have taken place in labour relations between the England of 1924 and the Canada of 1940, on the one hand, and the Canada of today on the other. In the early part of this century, Canadian unionism was patterned after the British model. Labour unions were voluntary organizations which were not recognized by the state as the legitimate bargaining agents of their members. This situation changed significantly in the United States with the passage of the *Wagner Act* in 1935. For the first time, labour unions were granted legal recognition as representative of their members in negotiating work conditions and settling disputes with employers.

Almost a decade later, in February of 1944, and nine years after the first attempt to enact *The Employment and Social Insurance Act* which included the disentitlement provision, the Canadian federal government adopted a similar legislative scheme by an Order in Council, P.C. 1003, entitled the *Wartime Labour Relations Regulations*. The provinces quickly followed suit. These enact-

compte du fait que l'employeur finira souvent par reporter ces cotisations sur le consommateur ou sur ses employés. Il se peut d'ailleurs que ce «financement» ne se concrétise même pas, étant donné que les grèves prennent souvent fin avant l'expiration du délai normal qui doit s'écouler avant d'être admissible aux prestations. Et même si ce financement se concrétisait, le non-paiement de prestations pendant la période d'attente, conjugué avec la perspective de toucher des prestations équivalant à une fraction du salaire normal, a pour effet de dissuader les syndicats ouvriers de déclencher une grève plutôt que de les encourager à le faire (Shadur, *loc. cit.*, à la p. 298).

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'insister davantage sur ce point. Qu'il suffise de dire que la raison d'être fondamentale de l'art. 44, adopté à l'origine en Angleterre puis repris ensuite au Canada, n'est plus très bien reçue aujourd'hui aux États-Unis et au Canada, ce qui ne saurait surprendre vu l'état sensiblement différent aujourd'hui des relations du travail.

Le contexte des relations de travail

De nombreux changements sont survenus dans le domaine des relations de travail si on compare la situation qui existait en Angleterre en 1924 et au Canada en 1940, avec celle que le Canada connaît aujourd'hui. Au début du siècle, le syndicalisme canadien était calqué sur le modèle britannique. Les syndicats étaient des organisations volontaires que l'État ne reconnaissait pas comme agents négociateurs légitimes de leurs membres. La situation a changé sensiblement aux États-Unis avec l'adoption de la *Wagner Act* en 1935. Pour la première fois, les syndicats étaient légalement reconnus comme représentant leurs membres à la table de négociations et en ce qui concernait le règlement des conflits avec les employeurs.

Presque dix ans plus tard, en février 1944, soit neuf ans après la première tentative d'adopter la *Loi sur le placement et les assurances sociales* qui comprenait la disposition d'exclusion du bénéfice des prestations, le gouvernement canadien a adopté un régime législatif semblable au moyen de l'arrêté en conseil C.P. 1003, intitulé *Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre*. Les

ments marked a profound departure from the structure of labour relations in England. As Carrothers, Palmer and Rayner explain in *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), at p. 42:

When in the early years of confederation parliament considered legislative reform of its labour laws it turned naturally for precedents to the Mother of Parliaments. The judicial precedents respecting civil conspiracy and internal affairs of unions flowed naturally across the Atlantic from the heartland of the common law. But by 1935 new forces were at work. The labour movement itself had changed. It was now heavily influenced by American parentage; accents from the British Isles were no longer dominant voices in union affairs. Problems—economic, social and political—were North American. And British precedents since the *Trade Disputes Act* of 1906 reflected policies out of tune with forces determining the character of collective bargaining in North America.

Following the Second World War, the Canadian labour movement was increasingly concerned about continuing the protection afforded by the *Wartime Labour Relations Regulations* through the establishment of national labour legislation. Organized labour placed great emphasis on union security and sought to make it compulsory through legislation. (H. A. Logan, *Trade Unions in Canada* (1948), at p. 549.) The period after the war was marked by increasing sophistication of internal union organization and by increasing use of investigation and conciliation procedures as conditions precedent to legal strikes or lock-out. The period is also characterized by the incorporation of the Rand Formula in collective agreements. This formula imposes on the employer the duty to remit to the union a portion of the wages of each employee in the bargaining units. (I. Abella, *The Canadian Labour Movement, 1902-1960* (1975), at p. 21.)

While it is certain that the Canadian legislators could not have been unaware of the constant changes in the labour relations panorama, as evi-

provinces ont emboîté le pas rapidement. Ces mesures législatives traduisent un changement radical par rapport au régime anglais des relations de travail. Comme l'expliquent Carrothers, Palmer et Rayner dans *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), à la p. 42:

[TRADUCTION] Lorsque, au cours des premières années d'existence de la confédération, le législateur fédéral a envisagé la réforme de ses lois en matière de relations du travail, il a naturellement vérifié ce que la mère des parlements avait fait. La jurisprudence concernant le complot civil et les affaires internes des syndicats traversait naturellement l'Atlantique depuis le pays de *common law* par excellence. Mais dès 1935, de nouvelles forces étaient en jeu. Le mouvement ouvrier lui-même avait changé. Il était maintenant fortement influencé par les rejetons américains; les îles Britanniques n'avaient plus voix dominante en matière syndicale. Les problèmes, qu'ils soient économiques, sociaux ou politiques, étaient nord-américains. Et les précédents britanniques depuis la *Trade Dispute Act* de 1906 reflétaient des politiques qui ne s'accordaient plus avec les forces déterminant la nature des négociations collectives en Amérique du Nord.

Après la Deuxième Guerre mondiale, le mouvement ouvrier canadien est devenu de plus en plus intéressé à maintenir la protection accordée dans les *Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre*, par l'établissement d'une législation nationale en matière de relations de travail. Les syndicats ont insisté fortement sur la sécurité syndicale et ont demandé à ce qu'elle devienne obligatoire par voie législative. (H. A. Logan, *Trade Unions in Canada* (1948), à la p. 549.) L'après-guerre a été marqué par la sophistication croissante de la structure interne des syndicats et par le recours accru aux procédures d'enquête et de conciliation comme conditions préalables des grèves ou lock-out légaux. Cette période se caractérise également par l'incorporation, dans les conventions collectives, de la formule Rand qui impose à l'employeur l'obligation de remettre au syndicat une partie du salaire de chaque employé membre d'une unité de négociation. (I. Abella, *Le mouvement ouvrier au Canada de 1902 à 1960* (1978), à la p. 21.)

Bien que le législateur canadien n'ait certainement pas pu ignorer les changements constants qui se produisaient dans le domaine des relations du

denced by frequent, sometimes significant amendments of the Act, the labour dispute disqualification provision was never amended. One can only speculate about the reasons for this legislative inaction. However, one can readily appreciate the concerns underlying the amendments which focused on extending the scope of the Act to include classes of employees not initially covered by the scheme and modifying employer and employee contributions to cope with the fund's liquidity and actuarial soundness. The legislators never seem to have re-examined the labour dispute provision. In any event, the fact that they did not is not in itself conclusive as it relates to the interpretation of this section of the Act.

Doctrinal and Jurisprudential Interpretation of s. 44

While the respect for precedent and judicial restraint on which respondent relies are to be commended, one should not forget that an important function of this Court is the interpretation of legislation. This function is particularly useful in disputes such as the present one where the original rationale on which the legislation in question was predicated has lost most of its relevance through the intervening years due to the evolution in Canadian labour relations, the labour movement, and the social and economic conditions of Canadian society. Furthermore, this Court was never called upon to rule on the point here at issue.

As Lord Watson noted in *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22, at p. 38, the "Intention of the Legislature" is a common but very slippery phrase, which, popularly understood, may signify anything from intention embodied in positive enactment to speculative opinion as to what the Legislature probably would have meant, although there has been an omission to enact it. In a Court of Law or Equity, what the Legislature intended to be done or not to be done can only be legitimately ascertained from that which it has chosen to enact,

travail, comme en témoignent les fréquentes et parfois profondes modifications apportées à la Loi, il reste qu'on n'a jamais touché à la disposition prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations dans le cas d'un conflit de travail. Quant à savoir quels ont été les motifs de cette inaction de la part du législateur, on en est réduit aux conjectures. Toutefois, on se rend facilement compte des préoccupations qui sous-tendent les modifications visant à étendre la portée de la Loi de manière à englober des catégories d'employés auxquelles le régime ne s'appliquait pas initialement, et à changer les cotisations des employeurs et des employés afin d'assurer la liquidité du fonds et une assiette actuarielle saine. Pour ce qui est de la disposition relative aux conflits de travail, il semble que le législateur ne l'a jamais réexaminée. De toute façon, cette omission de sa part n'est pas concluante en soi pour ce qui est d'interpréter cette disposition de la Loi.

L'interprétation de l'art. 44 donnée par la doctrine et la jurisprudence

Bien que le respect des précédents et la réserve judiciaire invoqués par l'intimé soient recommandés, il ne faut pas oublier que l'interprétation de lois représente une fonction importante de cette Cour. Cette fonction se révèle particulièrement utile dans des litiges comme celui dont nous sommes présentement saisis où la raison d'être initiale de la loi en question a, au cours des années, perdu presque toute sa pertinence en raison de l'évolution qui s'est manifestée dans les relations du travail au Canada, dans le mouvement ouvrier ainsi que dans les conditions sociales et économiques canadiennes. De plus, cette Cour n'a jamais été appelée à statuer sur le point présentement en litige.

Comme l'a fait remarquer lord Watson dans l'arrêt *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22, à la p. 38, [TRADUCTION] «l'intention du législateur» est une expression courante dont le sens se révèle fort difficile à cerner et qui, pour le profane, peut signifier n'importe quoi depuis une intention consacrée dans un texte législatif concret jusqu'à une opinion spéculative sur ce que le législateur a probablement voulu dire, bien qu'il ait omis de le consigner dans la loi. Dans une cour de justice ou d'*equity*, on ne peut s'assurer à bon droit

either in express words or by reasonable and necessary implication.”

In this regard, it may be useful to examine the historical context of the enactment of similar legislation in the United Kingdom, the United States and in Canada.

(a) *United Kingdom*

English Umpires have consistently interpreted the disqualification provision as disentitling any employee paying dues to a union engaged in a dispute. This interpretation is based upon the argument that each member has a proprietary interest in the fund of his or her union (Ministry of Labour, Analytical Guide U.I. Code 7, Part III, §97 (1939 ed.); Brit. Ump. 823/36 (1936); Brit. Ump. 13/25, BU-627 (1925)). He or she is considered as part-owner in the union and therefore is held responsible for its actions (Note, *loc. cit.*, at pp. 560-61).

This construction has been criticized in many respects. Hickling, *op. cit.*, summarizes this criticism at pp. 213-14 and 215:

The Umpire's decisions rest upon the basis either that the member has a proprietary interest in the funds which are being dispensed in support of those who are on strike or locked out, or that as a member he shares responsibility for his union's action. Neither basis is entirely satisfactory, as has been pointed out above. His proprietary interest is often infinitesimal and his power of control over the dispensation of funds illusory.

It is clear that the present rule on financing can lead to hardship and to anomalies. A claimant may be disqualified simply because his union is giving financial aid to men who are locked in a dispute at his place of employment. He is penalized though he has no direct interest in the outcome of the dispute, is innocent of any participation in it, and is opposed to his union's action. The dispute may not even be in his department. Fellow workers who are members of the same union and employed at the same works may be entitled to benefit if they are working in a department which is deemed to be separate premises for the purposes of the Act. The

de ce que la législature voulait imposer ou ne pas imposer qu'en se fondant sur ce qu'elle a choisi d'adopter soit en termes exprès, soit par implication raisonnable et nécessaire.»

^a À cet égard, il peut être utile d'examiner le contexte historique de l'adoption de mesures législatives similaires au Royaume-Uni, aux États-Unis et au Canada.

^b a) *Le Royaume-Uni*

^c Les juges-arbitres anglais ont systématiquement interprété la disposition prévoyant l'inadmissibilité aux prestations comme s'appliquant à tout employé qui verse des cotisations à un syndicat qui est partie à un conflit de travail. Cette interprétation repose sur l'argument selon lequel chaque membre possède un droit de propriété sur les fonds de son syndicat (Ministry of Labour, Analytical Guide U.I. Code 7, Part III, §97 (1939 ed.); Brit. Ump. 823/36 (1936); Brit. Ump. 13/25, BU-627 (1925)). Les membres sont considérés comme copropriétaires du syndicat et sont à ce titre jugés ^d responsables de ses actes (Note, *loc. cit.*, aux pp. 560 et 561).

^e Cette interprétation a donné prise à de nombreuses critiques que Hickling, *op. cit.*, résume ainsi, aux pp. 213, 214 et 215:

^f [TRADUCTION] Les décisions du juge-arbitre reposent sur l'une ou l'autre de deux thèses possibles. Soit que le membre possède un droit de propriété sur les fonds affectés au soutien des grévistes ou de ceux qui sont ^g lock-outés, soit que, en sa qualité de membre, il partage la responsabilité des actes de son syndicat. Comme il a déjà été souligné, ni l'un ni l'autre fondement n'est tout à fait satisfaisant. Le droit de propriété se révèle souvent infinitésimal et le pouvoir de contrôler l'utilisation des ^h fonds illusoire.

ⁱ Il est évident que la règle actuelle relative au financement peut entraîner des inéquités et des anomalies. Un prestataire risque d'être exclu du bénéfice des prestations du simple fait que son syndicat accorde un appui ^j financier à des hommes qui sont engagés dans un conflit à l'endroit où travaille ce prestataire. Celui-ci est pénalisé bien qu'il n'ait aucun intérêt direct dans l'issue du conflit, qu'il n'y participe d'aucune manière et qu'il s'oppose aux actes de son syndicat. Il se peut même que le conflit ne touche pas le service dont il relève. Des collègues membres du même syndicat et employés à la même entreprise peuvent quant à eux avoir droit aux

worker who is disqualified may perhaps be forgiven if he dismisses the difference between departments as a mere technicality, and complains that those in receipt of benefit are just as guilty of financing the dispute as he.

It may be argued that the rule favours unofficial disputes which are not financed by a union over official disputes which are, and for that reason ought to be abolished. In some cases even official disputes are not given financial support in the form of strike benefits. A union may be unable to support a strike once its funds are exhausted, or may choose not to pay strike benefit for other reasons. Unofficial stoppages and non-payment of strike benefits can usually be traced to factors other than a desire to facilitate claims for unemployment insurance benefit by non-participants who are thrown out of work.

After weighing the arguments the Royal Commission with one exception recommended that a claimant should no longer be regarded as financing a trade dispute simply because he is a member of a union which is paying strike pay to those on strike. The one dissident felt that the financing disqualification should continue to be operated as at present in order to bring home to the union member a measure of personal responsibility for his union's action. There is no evidence that the disqualification for unemployment insurance benefit has had much effect on the degree to which members participate in the affairs of unions. It seems unlikely that abolition of the financing rule would lessen the incentives to do so.

It is of interest to note that more recent English interpretation seems to depart from earlier pronouncements, as evidenced by this observation of the Lord President in *Watt v. Lord Advocate*, [1979] S.C. 120, at pp. 127, 134 and 135:

Before examining the Commissioner's decision to see whether or not the pursuer's contention is well founded it will be convenient to express my view as to what is meant by the words "directly interested in the trade dispute" which are to be found in proviso (a) to section 22(1). These words appear in close company with the words "participating in" and "financing" which predi-

prestations s'ils travaillent dans un service qui est réputé occuper des locaux distincts aux fins de la Loi. Il est sans doute possible de pardonner à l'ouvrier exclu du bénéfice des prestations, s'il rejette comme du simple formalisme la distinction entre les services et s'il se plaint de ce que ceux qui reçoivent des prestations financent le conflit au même titre que lui.

On peut prétendre que la règle favorise les conflits non autorisés qui ne sont pas financés par un syndicat plutôt que les conflits autorisés qui le sont et qui, pour cette raison, devraient être abolis. Dans certains cas, même les conflits autorisés ne reçoivent pas un appui financier sous la forme d'allocations de grève. Un syndicat peut se voir dans l'impossibilité de soutenir une grève une fois ses fonds épuisés ou il peut choisir, pour d'autres motifs, de ne pas verser d'allocations de grève. Les arrêts de travail non autorisés et le non-paiement d'allocations de grève peuvent normalement être imputés à des facteurs autres que la volonté de faciliter aux non-participants qui se retrouvent sans travail l'obtention de prestations d'assurance-chômage.

Après avoir soupesé les arguments avancés, la commission royale, à une exception près, a recommandé qu'un prestataire ne soit plus considéré comme finançant un conflit de travail du simple fait qu'il appartient à un syndicat qui verse aux grévistes des allocations de grève. L'unique dissident a estimé que l'exclusion du bénéfice des prestations fondée sur le financement du conflit devrait continuer à s'appliquer comme actuellement afin de faire assumer aux membres du syndicat une certaine responsabilité personnelle des actes de leur syndicat. Or, il n'y a rien qui prouve que l'exclusion du bénéfice des prestations d'assurance-chômage a eu beaucoup d'effet sur la participation des membres aux affaires syndicales. Il semble peu probable que l'abolition de la règle relative au financement aurait pour effet de décourager cette participation.

Il est intéressant de constater que l'interprétation anglaise récente semble s'écarter des décisions antérieures. C'est ce qui se dégage des observations suivantes du lord président dans la décision *Watt v. Lord Advocate*, [1979] S.C. 120, aux pp. 127, 134 et 135:

[TRADUCTION] Avant d'examiner la décision du commissaire afin de déterminer si la prétention du demandeur est bien fondée, il convient que j'exprime mon opinion sur le sens de l'expression «directement intéressé» au «différend de travail», qui figure dans la réserve énoncée à l'al. 22(1)a). Cette expression accompagne les

cate an active involvement in the particular dispute by the claimant in question.

“Participating in” or “financing” are plain enough words to involve active connection with the dispute. In my opinion the words “directly interested in the trade dispute” should be read *ejusdem generis* and involve a direct interest in the cause of the dispute and its merits or demerits, the reasons for its existence and its justification or non-justification.

The Commissioner has proceeded to his decision on the ground that because the dispute might have affected the working and pay conditions of the claimant, he was de-barred from receiving unemployment benefit. That is not a condition of the proviso. I repeat, an onerous burden, such as the proviso places on the claimant, must be construed strictly, since it deprives him of a statutory right to benefit.

(b) *United States*

In the United States, jurisdiction over unemployment compensation belongs to the states. While the original English provision similar to our s. 44 has been retained in a majority of American state statutes, several, in contrast to Canada, have since excised the entire provision embodied in our s. 44 from their legislation. Others have enacted specific provisions to the effect that payment of regular union dues does not constitute financing a labour dispute (T. P. McCormick, “Unemployment Compensation—An Examination of Wisconsin’s “Active Progress” Labor Dispute Disqualification Provision,” [1982] *Wis. L. Rev.* 907). No useful purpose would be served by an extensive review of American authorities, given the diversity both of statutes and of judicial interpretation.

What is striking in the American experience is the early judicial departure from English precedents apparently for reasons of policy. Shadur, *loc. cit.*, referring to the English construction of the statute, expressed the view that (at p. 328):

mots «participe» et «finance» qui supposent une participation active du prestataire au conflit en question.

Les termes «participe» ou «finance» sont assez clairs pour impliquer l’existence d’un lien actif avec le conflit. À mon avis, l’expression «directement intéressé au différend de travail» doit être interprétée en fonction du principe *ejusdem generis* de manière à signifier un intérêt direct dans la cause du conflit, dans la question de savoir qui a raison et qui a tort, dans les raisons du conflit et dans la justification ou l’absence de justification de celui-ci.

La décision du commissaire a pour fondement que le prestataire était exclu du bénéfice des prestations d’assurance-chômage pour le motif que le conflit aurait pu avoir une incidence sur ses conditions de travail et sur son salaire. Ce n’est toutefois pas ce qu’exige la réserve. Un fardeau de preuve aussi lourd que celui imposé au prestataire par cette réserve doit, je le répète, s’interpréter strictement, étant donné que le prestataire se voit privé du droit de toucher des prestations que lui confère la loi.

b) *Les États-Unis*

Aux États-Unis, ce sont les États qui ont compétence en matière d’assurance-chômage. Quoique la disposition anglaise originale qui ressemble à notre art. 44 ait été conservée dans les lois de la majorité des États américains, plusieurs de ces États, contrairement à ce qui s’est fait au Canada, ont par la suite retranché de leurs lois respectives toutes les dispositions correspondant à notre art. 44. D’autres ont adopté des dispositions précises portant que le paiement régulier de cotisations syndicales ne constitue pas un financement d’un conflit de travail (T. P. McCormick, «Unemployment Compensation—An Examination of Wisconsin’s “Active Progress” Labor Dispute Disqualification Provision», [1982] *Wis. L. Rev.* 907). Étant donné la diversité des textes législatifs et des interprétations judiciaires, il ne sert à rien d’entreprendre ici une étude approfondie de la jurisprudence américaine.

Ce qui est remarquable dans l’expérience américaine, c’est que les tribunaux ont tôt fait de se distancier des précédents anglais, apparemment pour des raisons de politique générale. Shadur, *loc. cit.*, dit ceci au sujet de l’interprétation anglaise de la loi en question (à la p. 328):

This construction applied to the American statutes would contradict every theoretical basis for labor-dispute disqualification. It would deny benefits to workers who are involuntarily unemployed and who have no interest in the outcome of the dispute, so that compensation payment would not be unneutral. Furthermore, the level of maximum benefit payments insures that benefits will be used to support the unemployed and their families and not diverted to financing the strike.

Accordingly, judicial desertion of the British precedents seems quite justifiable. Courts may readily employ the time-honored ground that adopted statutes bring with them their settled interpretations only when the latter are consistent with the public policy of the importing jurisdiction.

He continued:

Disqualification for "financing" a dispute has been virtually a dead letter in the United States. Eleven jurisdictions differ from the Draft Bill by omitting the word entirely from the "participating-financing-directly interested" combination, and three others have specific provisions that "financing" does not include payment of regular union dues. Only a single appellate court and a handful of administrative tribunals have been called upon to define "financing."

The American experience is in this respect of some interest, as a number of states have excised the word "financing" from their statutes with no seemingly disastrous results.

The Note previously referred to states at p. 561:

Reasons of policy have led American administrative tribunals to depart from this construction. Further antipathy to the English construction has been demonstrated by the excision of this entire provision from its usual context in the statutes of several jurisdictions, and by the enactment in others of express provisions that payment of regular union dues does not constitute financing a labor dispute.

[TRADUCTION] Appliquée aux lois américaines, cette interprétation irait à l'encontre de tous les fondements théoriques de l'exclusion du bénéfice des prestations dans le cas d'un conflit de travail. Elle priverait de prestations des travailleurs qui se trouvent involontairement en chômage et qui n'ont aucun intérêt dans l'issue du conflit, de sorte qu'on ne manquerait pas à la neutralité en leur versant des prestations. De plus, le montant maximal des prestations est fixé de manière à garantir qu'elles seront utilisées pour subvenir aux besoins des chômeurs et de leurs familles et qu'elles ne seront pas affectées au financement de la grève.

En conséquence, les tribunaux semblent parfaitement justifiés de s'écarter des précédents britanniques. Ils peuvent recourir sans hésitation au principe, consacré par l'usage, selon lequel les lois importées ne reçoivent leur interprétation reconnue que dans la mesure où celles-ci concordent avec la politique générale en vigueur dans le ressort qui les importe.

Il poursuit:

[TRADUCTION] L'exclusion du bénéfice des prestations pour cause de «financement» d'un conflit est pratiquement lettre morte aux États-Unis. Onze États se sont écartés de l'avant-projet de loi en omettant complètement d'inclure le mot «finance» qui figure dans la combinaison «participe—finance—directement intéressé» et trois autres ont adopté des dispositions prévoyant expressément que le mot «finance» ne comprend pas le paiement régulier de cotisations syndicales. Il n'y a qu'une seule cour d'appel et une poignée de tribunaux administratifs qui ont été appelés à définir le terme «finance».

L'expérience américaine présente, à cet égard, un certain intérêt en ce sens que plusieurs États ont retranché le mot «finance» de leurs lois, sans que cela n'entraîne apparemment des conséquences désastreuses.

La Note mentionnée précédemment porte, à la p. 561:

[TRADUCTION] Ce sont des raisons de politique générale qui ont amené les tribunaux administratifs américains à dévier de cette interprétation. L'aversion pour l'interprétation anglaise ressort en outre du fait que dans les lois de plusieurs États cette disposition a été retranchée au complet de son contexte habituel, et de l'adoption par d'autres États de dispositions prévoyant expressément que le paiement régulier de cotisations syndicales ne constitue pas un financement d'un conflit de travail.

Although the original English provision still appears in a majority of American statutes, there can be little doubt that it will not be held applicable to the mere payment of union dues. As thus devitalized, the provision is of small practical significance.

In "The Labor Dispute Disqualification—A Primer and Some Problems" (1955), 8 *Vand. L. Rev.* 338, Professor J. S. Williams summarized the general rule adopted by American courts at pp. 349-50:

The litigation has been largely concerned with whether mere payment of regular union dues is sufficient to establish a financing in those cases where only a part of the union is on strike and other members of the union are out of work because the plant has shut down. The rule generally accepted today is that the payment of union dues alone is not enough to establish a financing of a labour dispute.

Two American cases, which dealt with a statute similar to the one here in dispute, illustrate the point. In *Outboard, Marine & Mfg. Co. v. Gordon*, 87 N.E.2d 610 (1949), Daily J. of the Supreme Court of Illinois, after recounting the history of the labour dispute disqualification provision, discussing the facts, which are similar to those in the present instance, and reviewing the varied interpretations of similar statutes, went on to say at p. 617:

The conclusion is unescapable that the legislature intended to provide for the innocent victims of a labor dispute by specifically excluding them from the denial of unemployment compensation. The previously quoted subsection of section 7 of the Illinois Act was meant to protect and except such victims from the classes denied compensation by its terms.

In that case, however, the Court was dealing with judicial review of a finding of the Director of Labor who had ruled in favour of the employees. The evidence justified the finding that office workers had not financially assisted a work stoppage so as to preclude them from recovering unemployment compensation for work time lost because of a work stoppage resulting from a strike by factory employees.

Quoique la disposition anglaise originale figure encore dans la majorité des lois américaines, il n'est guère douteux qu'elle ne sera pas jugée applicable au simple paiement de cotisations syndicales. Ainsi privée de sa vitalité, la disposition n'a qu'une faible valeur pratique.

Dans «The Labor Dispute Disqualification—A Primer and Some Problems» (1955), 8 *Vand. L. Rev.* 338, aux pp. 349 et 350, le professeur J. S. Williams résume ainsi la règle générale adoptée par les tribunaux américains:

[TRADUCTION] Les litiges ont porté principalement sur la question de savoir si le simple paiement régulier de cotisations syndicales suffit pour établir qu'il y a un financement dans les cas où une partie seulement des syndiqués fait la grève et où d'autres membres du syndicat se trouvent sans travail en raison de la fermeture de l'usine. Selon la règle généralement acceptée aujourd'hui, le seul paiement de cotisations syndicales n'est pas suffisant pour prouver qu'on finance un conflit de travail.

Deux affaires américaines où il était question d'un texte semblable à celui qui est présentement en cause, illustrent ce point. Dans la décision *Outboard, Marine & Mfg. Co. v. Gordon*, 87 N.E.2d 610 (1949), le juge Daily de la Cour suprême de l'Illinois, après avoir fait l'historique de la disposition prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations dans le cas d'un conflit de travail, relaté les faits qui ressemblent à ceux de la présente affaire et passé en revue les différentes interprétations de lois analogues, poursuit, à la p. 617:

[TRADUCTION] On ne peut que conclure que le législateur a voulu pourvoir aux besoins des victimes innocentes d'un conflit de travail en les excluant spécifiquement des dispositions déniaient les prestations d'assurance-chômage. Le paragraphe déjà cité de l'art. 7 de la loi de l'Illinois visait à protéger ces victimes et à les exclure des catégories de personnes qui, aux termes de ladite loi, n'avaient pas droit aux prestations.

Dans cette affaire cependant, la cour était appelée à examiner une décision du Director of Labor qui s'était prononcé en faveur des employés. La preuve justifiait la conclusion que les employés de bureau n'avaient pas soutenu financièrement l'arrêt de travail, de sorte qu'ils pouvaient toucher des prestations d'assurance-chômage pour la période où ils étaient sans emploi en raison de l'arrêt de travail résultant de la grève des employés d'usine.

More to the point is a 1981 decision of the same court dealing with the same statute (*General Motors Corp. v. Bowling*, 426 N.E.2d 1210 (1981)). Having concluded that none of the shop clerks who claimed unemployment benefits participated in the labour dispute or were “directly interested in the dispute”, the sole issue before that court, there as here, was whether the union shop clerks financed the strike through payment of their union dues which, diverted to the international union’s strike fund, financed the strike of another local of the same union. Simon J. came to the conclusion that they did not on the basis that the mere payment of union dues in such circumstances did not amount to “financing the labour dispute that caused the stoppage of work”. I will have more to say about that case later.

However, a contrary American judicial interpretation of the same or similar statutes based on the same set of facts relied for the most part on traditional English judicial interpretation.

(c) *Canada*

In Canada, neither the Unemployment Insurance Commission umpires nor the Federal Court of Appeal in *McKinnon*, *supra*, departed from the English judicial interpretation. The adoption by Canadian courts of British legal precedents was to be expected given “the umbilical cord-like attachment of Canada to the United Kingdom through the Judicial Committee of the Privy Council, which was the court of last resort in Canada until 1949” (G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (1985), at p. 5). At the same time, this adherence to British case law is surprising because the Canadian labour context resembled that of the United States much more strongly than that of England. (S. Jamieson, *Industrial Relations in Canada* (1957), at pp. 102 and 107; Carrothers, Palmer and Rayner, *op. cit.*, at p. 42.) It is against that historical, doctrinal and jurisprudential back-

Une décision plus pertinente à nos fins est celle rendue en 1981 par la même cour au sujet de la même loi (*General Motors Corp. v. Bowling*, 426 N.E.2d 1210 (1981)). La cour ayant conclu qu’aucun des commis de magasin qui réclamaient des prestations d’assurance-chômage n’avait participé au conflit de travail ni n’y était «directement intéressé», l’unique question qu’il restait à trancher, comme c’est le cas en l’espèce, était de savoir si les commis de magasin syndiqués avaient financé la grève par le paiement de leurs cotisations syndicales qui, versées dans le fonds de grève du syndicat international, avaient servi à financer la grève d’une autre section locale du même syndicat. Le juge Simon est arrivé à la conclusion qu’il n’y avait pas eu financement pour le motif que le simple paiement de cotisations syndicales dans de telles circonstances ne revenait pas à [TRADUCTION] «financer le conflit collectif qui a causé l’arrêt du travail». J’y reviendrai.

Toutefois, dans les cas où ils ont donné une interprétation contraire à des lois identiques ou similaires, en présence de faits semblables, les tribunaux américains se sont fondés principalement sur l’interprétation traditionnelle des tribunaux anglais.

f) c) *Le Canada*

Au Canada, ni les juges-arbitres de la Commission d’assurance-chômage ni la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *McKinnon*, précité, ne se sont écartés de l’interprétation judiciaire anglaise. L’adoption des précédents anglais par les tribunaux canadiens ne saurait surprendre étant donné que [TRADUCTION] «le Canada se trouvait rattaché au Royaume-Uni par un genre de cordon ombilical en raison du Comité judiciaire du Conseil privé qui, jusqu’en 1949, était la cour de dernier ressort au Canada» (G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (1985), à la p. 5). En même temps, cette adhésion à la jurisprudence anglaise a de quoi étonner puisque le contexte canadien des relations de travail ressemblait beaucoup plus au contexte américain qu’à celui de l’Angleterre. (S. Jamieson, *Industrial Relations in Canada* (1957), aux pp. 102 et 107; Carrothers, Palmer et Rayner, *op. cit.*, à la p. 42.) C’est en regard de ce contexte historique, doctrinal et jurisprudentiel que doit

ground that the word "financing" in s. 44(2)(a) of the Act must be interpreted.

"Financing"

Was the claimant, on the undisputed facts of this case, financing the labour dispute at his place of employment?

It is alleged against the claimant that he was "financing" the labour dispute because of:

(a) the mandatory payment of union dues by him under the collective agreement;

(b) the fact that part of such dues was remitted by the local union to the International Union and placed by the International Union in its strike fund; and

(c) the fact that the International Union's strike fund was used by the International Union to pay strike pay to employees of another local involved in a labour dispute at the claimant's place of employment.

The claimant was not the recipient of strike pay while unemployed because of the strike. He was not in any way a participant in the labour dispute or directly interested in it. There is no evidence that either he or his local stood to benefit from its outcome. It was a dispute to which he was a total stranger and of which he was the innocent victim. His only relationship to it was that it was the cause of his unemployment.

In my view, there is no way in which depriving the claimant of unemployment insurance benefits in these circumstances can be viewed as "neutral" within the principle discussed earlier in these reasons. The claimant is, in effect, being penalized not for financing a labour dispute but for belonging to an international union. By belonging to such a union, it is alleged, the claimant should be held to be financing all strikes engaged in by all other members of the international union to whose members strike pay is paid. Can this really have been the intention of the legislature?

s'interpréter le mot «finance» figurant à l'al. 44(2)a) de la Loi.

«Finance»

D'après les faits incontestés de la présente affaire, le prestataire finançait-il le conflit collectif qui existait à son lieu de travail?

On allègue que le prestataire «finançait» le conflit de travail en raison:

a) du paiement obligatoire de cotisations syndicales auquel il était astreint en vertu de la convention collective;

b) du fait qu'une partie de ces cotisations était remise par le syndicat local au syndicat international qui la versait dans son fonds de grève; et

c) du fait que le syndicat international se servait de son fonds de grève pour verser des allocations de grève aux employés d'une autre section locale qui participaient à un conflit qui se déroulait au lieu de travail du prestataire.

Le prestataire n'a pas touché d'allocations de grève pendant la période où il était en chômage à cause de la grève. Il n'a participé d'aucune façon au conflit collectif et n'y était pas non plus directement intéressé. Il n'y a aucune preuve que lui-même ou sa section locale avaient des chances de tirer profit de l'issue du conflit collectif. Il s'agissait d'un différend avec lequel il n'avait absolument rien à voir et dont il était la victime innocente. Son seul lien avec le conflit résidait dans le fait qu'il était la cause de son chômage.

À mon avis, le fait d'empêcher le prestataire de toucher des prestations d'assurance-chômage dans ces circonstances ne saurait guère être considéré comme «neutre» au sens du principe discuté plus haut. En fait, le prestataire est pénalisé non pas pour avoir financé un conflit de travail, mais parce qu'il appartient à un syndicat international. Du fait que le prestataire appartient à un tel syndicat, allègue-t-on, on devrait considérer qu'il finance toutes les grèves déclenchées par tous les autres membres du syndicat international qui reçoivent des allocations de grève de ce syndicat international. Est-ce là vraiment l'intention que peut avoir eu le législateur?

Ordinary Meaning of Words

Whatever the English, American and Canadian judicial interpretations of s. 44(2)(a) of the Act, and whatever the rationale underlying the labour dispute disqualification provisions, there is no compelling reason why ordinary rules of interpretation should not apply here. While legislative history may be useful in providing the background and assisting in determining the purpose of legislation, the interpretation of the statute must, in this as in other contexts, be ascertained from the words used by the Legislature to convey its intent. As Driedger wrote, *op. cit.*, at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

In *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456, Pigeon J. expressed the principle, at p. 460, as follows:

The rule that statutes are to be construed according to the meaning of the words in common language is quite firmly established and it is applicable to statutes dealing with technical or scientific matters

The rule dates back centuries, as Lord Wensleydale stated very clearly in *Grey v. Pearson* (1857), 6 H.L. Cas. 60, at pp. 104-5:

I have been long and deeply impressed with the wisdom of the rule, now, I believe, universally adopted, at least in the Courts of Law in Westminster Hall, that in construing wills and indeed statutes, and all written instruments, the grammatical and ordinary sense of the words is to be adhered to, unless that would lead to some absurdity, or some repugnance or inconsistency with the rest of the instrument, in which case the grammatical and ordinary sense of the words may be modified, so as to avoid the absurdity and inconsistency, but no further.

Analyzing the ordinary meaning of words, one is immediately struck by the fact that s. 44(2)(a)

Le sens courant des mots

Quelle que soit l'interprétation que les tribunaux anglais, américains et canadiens aient pu donner à l'al. 44(2)a de la Loi et quels que soient les principes qui sous-tendent les dispositions prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations dans le cas d'un conflit de travail, il n'existe aucune raison impérieuse de ne pas appliquer en l'espèce les règles ordinaires d'interprétation. Bien que l'historique d'une loi puisse être utile en ce sens qu'il renseigne sur le contexte dans lequel elle a été adoptée et qu'il aide à déterminer son objet, l'interprétation de cette loi, dans les présentes circonstances comme dans d'autres, doit se faire en fonction des termes employés par le législateur pour exprimer son intention. Comme l'a écrit Driedger, *op. cit.*, à la p. 87:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou une seule méthode prévaut pour l'interprétation d'une loi: les mots doivent être interprétés selon le contexte et d'après leur acception logique courante en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Dans l'arrêt *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456, le juge Pigeon énonce ainsi ce principe, à la p. 460:

La règle voulant que les lois soient interprétées d'après le sens courant des mots est fermement établie et elle s'applique aux lois portant sur des sujets techniques ou scientifiques . . .

Cette règle existe depuis des siècles, comme le dit clairement lord Wensleydale dans l'arrêt *Grey v. Pearson* (1857), 6 H.L. Cas. 60, aux pp. 104 et 105:

[TRADUCTION] J'ai toujours été profondément impressionné par la sagesse de la règle, qui est, je crois, actuellement adoptée par tout le monde, du moins par les tribunaux judiciaires de Westminster Hall, et selon laquelle, en interprétant les testaments, et de fait les lois et tous les documents, il faut adhérer au sens grammatical et ordinaire des mots, à moins que cela n'entraîne quelque absurdité, contradiction ou incompatibilité eu égard au reste du texte; dans ce dernier cas, on peut modifier le sens grammatical et ordinaire des mots de façon à éviter cette absurdité ou incompatibilité, mais uniquement dans cette mesure.

Quand on procède à l'analyse du sens ordinaire des mots, on est aussitôt frappé par le fait que l'al.

focuses on the individual "claimant". The claimant here is the employee not the union. The claimant pays union dues but the union establishes the strike fund, diverts strike fund money from the union dues, sends that money to the International Union which in turn decides to use that strike fund to pay strikers. The claimant has no choice but to pay union dues and has no say in this process other than through the democratic process of election of members or officers of the union. Although the Federal Court of Appeal has said that he "is always free to leave his job if the conditions of employment do not suit him", this is hardly a realistic proposition given today's labour market conditions and, if I may add, a very unlikely effect contemplated by the Act.

Unless it can be said that the union is the agent or mandatary of the employee, it is the union and not the claimant which is establishing the strike fund. At the time of the enactment of the provision in England, unions were not incorporated so that it could be said that the claimant had a proprietary interest in the fund. (In fact, as Hickling, *op. cit.*, points out, that was the very basis for the legal reasoning of British umpires.) Not so today where it has clearly been recognized by this Court that a union is neither the agent nor the mandatary of employees.

In *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206, Judson J. said at p. 214:

If the relation between employee and union were that of mandator and mandatary, the result would be that a collective agreement would be the equivalent of a bundle of individual contracts between employer and employee negotiated by the union as agent for the employees. This seems to me to be a complete misapprehension of the nature of the juridical relation involved in the collective agreement. The union contracts not as agent or mandatary but as an independent contracting party and the contract it makes with the employer binds the employer

44(2)a) est axé sur le «prestataire» individuel. Or, dans le cas présent, le prestataire est l'employé et non pas le syndicat. Le prestataire paie des cotisations syndicales, mais c'est le syndicat qui constitue le fonds de grève, qui affecte une partie des cotisations à ce fonds et qui achemine cet argent au syndicat international qui, à son tour, prend la décision d'utiliser ledit fonds pour verser aux grévistes des allocations de grève. Le prestataire n'a d'autre choix que de payer des cotisations syndicales et il n'a aucun mot à dire à ce sujet, si ce n'est par sa participation au processus démocratique de l'élection des membres ou des dirigeants syndicaux. Bien que la Cour d'appel fédérale ait affirmé que l'employé «est toujours libre de quitter son travail si les conditions d'emploi ne lui conviennent pas», cette proposition n'est guère réaliste compte tenu de l'état actuel du marché du travail. Je me permets d'ailleurs d'ajouter qu'il est fort peu probable que ce soit là un effet envisagé par la Loi.

À moins qu'on puisse dire que le syndicat est le mandataire de l'employé, c'est le syndicat et non pas le prestataire qui constitue le fonds de grève. Au moment où la disposition en cause a été adoptée en Angleterre, les syndicats n'étaient pas dotés de la personnalité morale, de sorte qu'il était possible d'affirmer que le prestataire avait un droit de propriété sur le fonds. (En réalité, comme le fait observer Hickling, *op. cit.*, c'était précisément ce sur quoi reposait le raisonnement juridique des juges-arbitres britanniques.) Or, il n'en est plus ainsi aujourd'hui car cette Cour a clairement reconnu qu'un syndicat n'est pas le mandataire des employés qu'il représente.

Dans l'arrêt *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, le juge Judson affirme, à la p. 214:

[TRADUCTION] Si la relation entre employé et syndicat était la même qu'entre mandant et mandataire, une convention collective constituerait un faisceau de contrats individuels entre employeur et employé négociés par le syndicat en tant qu'agent des employés. Selon moi, c'est une fausse interprétation de la nature de la relation juridique propre aux conventions collectives. Le syndicat s'engage par contrat non pas en tant qu'agent ou mandataire mais plutôt en tant que partie contractante indépendante et le contrat qu'il passe avec l'em-

to regulate his master and servant relations according to the agreed terms.

That dictum was affirmed in *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718.

While those cases dealt with collective agreements entered into between an employer and a union certified as bargaining agent for the employees, it is now well recognized that trade unions are "deemed to have been constituted by the Legislature as legal entities for the purpose of discharging their function and performing their role in the field of labour relations" (*International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120, at pp. 135-36). Here, the union is a certified bargaining agent. Collecting union dues and allocating funds so collected for the union's purpose are part of its role in the field of labour relations.

When the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, provides for certification of a union with, among others, power to compel an employer to bargain with it and enter into a collective agreement as is the case here, it invests the trade union with those corporate elements characteristic of a legal entity or as Robertson J.A. wrote a "*persona juridica*" (*Re Patterson & Nanaimo Dry Cleaning & Laundry Workers Union, Local No. 1*, [1947] 4 D.L.R. 159 (B.C.C.A.))

We are not here concerned with the restrictions set out in s. 3(2) of *The Rights of Labour Act*, R.S.O. 1970, c. 416, which prevent a union from being sued or suing, a provision which has an historical background alluded to by Estey J. in *International Longshoremen's Association, supra*. The right to sue or to be sued is but one of the characteristics of a legal entity. Given the fact that the union is the certified bargaining agent of the employees in this particular instance, clothed with such power as to collect mandatory union dues from its members through the employer, it can be fairly said that it possesses for that purpose at least

ployeur oblige ce dernier à régir ses relations avec les employés selon ce qui a été convenu.

Ce dictum a été confirmé dans l'arrêt *McGavin a Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718.

Même si ces instances portaient sur des conventions collectives conclues entre un employeur et un syndicat accrédité comme agent négociateur des employés, il est maintenant bien reconnu que «le législateur est censé avoir considéré les syndicats . . . comme des entités juridiques dans l'exercice de leurs fonctions . . . dans le domaine des relations de travail» (*Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120, aux pp. 135 et 136). En l'espèce, le syndicat est un agent négociateur accrédité. La perception des cotisations syndicales et l'affectation des fonds ainsi perçus aux fins du syndicat font partie de ses fonctions dans le domaine des relations de travail.

Lorsque la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 228, prescrit l'accréditation d'un syndicat avec, notamment, le pouvoir de contraindre un employeur à négocier avec lui et à conclure une convention collective comme c'est le cas en l'espèce, elle investit le syndicat des éléments caractéristiques d'une personne morale ou d'une «*persona juridica*» pour reprendre l'expression du juge Robertson (*Re Patterson & Nanaimo Dry Cleaning & Laundry Workers Union, Local No. 1*, [1947] 4 D.L.R. 159 (C.A.C.-B.))

Nous ne nous intéressons pas ici aux restrictions énoncées au par. 3(2) de *The Rights of Labour Act*, R.S.O. 1970, chap. 416, qui empêche un syndicat d'être poursuivi ou de poursuivre, disposition dont le contexte historique est évoqué par le juge Estey dans l'arrêt *Association internationale des débardeurs*, précité. Le droit d'être partie à une action en justice n'est qu'une seule des caractéristiques d'une personne morale. Compte tenu du fait que le syndicat est, en l'espèce, l'agent négociateur accrédité des employés et qu'il a le pouvoir de percevoir par l'intermédiaire de l'employeur les cotisations syndicales obligatoires de ses membres,

the essential characteristics of a legal entity or personality distinct from that of its members.

One has to conclude that unions in Canada today, in contrast to those in England at the time of enactment, are recognized as legal entities for the purpose of proceedings under labour law statutes. At common law, a union was simply an unincorporated collection of individuals with no legal personality (H. W. Arthurs, D. D. Carter and H. J. Glasbeek, *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 263). Today, it is settled that unions are neither agent nor mandatary of the employee. Upon this construction, a claimant who pays mandatory union dues could not be held to finance a strike through such dues. It cannot however be ignored that the claimant's portion of his union dues which goes to the union strike fund may have been so directed with or without his consent. The evidence here does not disclose if the appellant's consent to that end was explicitly or implicitly given or if it was solely the union's decision to allocate part of the union dues to a strike fund. On this basis alone, I would hesitate to draw any conclusion.

However, in my opinion, an analysis of the word "financing" in s. 44(2)(a) provides a persuasive answer. Section 44 sets out three different terms, namely "financing", "participating" and "directly interested". Each of these words has a distinct meaning and is not tautologous. The word "participating" requires that the employee be actually involved in the labour dispute, "directly interested" that he has something to gain or fear from it, and "financing" that he is helping to fund it. The employee has to show that he is not doing any of them. In the case at bar, the word "financing" is the only one in issue. One cannot quarrel with the fact that an active involvement in a labour dispute at the place of employment or a free and voluntary contribution by a claimant to a strike fund which supports a dispute at the place of employment

on peut vraiment dire qu'il possède, à cette fin au moins, les caractéristiques essentielles d'une entité ou personne morale distincte de celle de ses membres.

^a Il faut conclure qu'au Canada les syndicats, aujourd'hui, contrairement à ceux qui existaient en Angleterre au moment de l'adoption de la disposition en question, sont reconnus comme des personnes morales aux fins des procédures engagées en vertu de lois en matière de relations ouvrières. En *common law*, un syndicat n'était qu'une association d'individus qui n'avait pas la personnalité morale (H. W. Arthurs, D. D. Carter et H. J. Glasbeek, *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (2nd ed. 1984), à la p. 263). Aujourd'hui, il est bien établi qu'un syndicat n'est ni le mandataire, ni l'agent de l'employé. Suivant cette inter-
^b prétation, un prestataire qui paie des cotisations syndicales obligatoires ne saurait de ce fait être considéré comme finançant une grève. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que la partie des cotisations syndicales du prestataire qui sert à alimenter
^c le fonds de grève du syndicat a pu y être versée avec ou sans son consentement. La preuve produite en l'espèce ne révèle pas si l'appelant y a consenti explicitement ou implicitement, ni si c'est uniquement le syndicat qui a décidé d'affecter une partie
^d des cotisations syndicales à un fonds de grève. J'hésiterais à tirer une conclusion sur ce seul fondement.

^e J'estime toutefois qu'une analyse du mot «finance» employé à l'al. 44(2)a) permet de dégager une réponse convaincante. L'article 44 utilise trois expressions différentes, savoir «finance», «participe» et «directement intéressé». Chacune de ces
^f expressions a un sens distinct et n'est pas redondante. Le mot «participe» exige que l'employé prenne vraiment part au conflit de travail, l'expression «directement intéressé», qu'il ait quelque chose à gagner ou à craindre de ce conflit, et le terme
^g «finance», qu'il aide à le défrayer. L'employé doit démontrer qu'il ne fait ni l'un ni l'autre. En l'espèce, le mot «finance» est le seul en cause. Il est indéniable que la participation active d'un prestataire à un conflit collectif qui se déroule à son lieu de travail ou une contribution libre et volontaire de sa part à un fonds de grève qui sert à soutenir un

would trigger the labour dispute disqualification provision. It seems to me that the provision clearly envisaged such a situation which corresponded to the socio-economic conditions and the realities of collective bargaining at a time when a member of the union shared responsibility for his union's action.

This was exactly the situation when the predecessor of s. 44 was first enacted. It should be recalled that before the passage of the *Wartime Labour Relations Regulations* labour unions were purely voluntary organizations. At the time, payments by the members could be taken as indicating approval of the trade union's policy. As Professor T. R. Haggard explains in *Compulsory Unionism, the NLRB, and the Courts: A Legal Analysis of Union Security Agreements* (1977), at p. 132:

When labor unions were purely private, voluntary associations, all of these activities were financed with similarly voluntary membership dues. If a member objected either to the union's mode of bargaining or to its choice of political candidates, then he could simply withdraw his financial support of these activities by cancelling his membership.

All of this changed, however, when Congress made majority unions the statutory agent of *all* employees in a given unit and authorized the negotiation of labour agreements requiring membership (in the form of financial support) in the union as a condition of continued employment.

In Canada a similar development occurred after the passage of the *Wartime Labour Relations Regulations* and the advent of the Rand Formula. In the last few decades, statutory "check-off" provisions have been enacted in all Canadian jurisdictions (Adams, *op. cit.*, at p. 780).

Here, payment of union dues is mandatory, imposed by the collective agreement between union and employer without the participation and often against the will of the employee. Theoretical-

conflit à ce même lieu de travail entraînerait l'application de la disposition prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations dans le cas d'un conflit collectif. Il me semble que la disposition en cause envisageait clairement une situation qui correspondait aux conditions socio-économiques ainsi qu'aux réalités de la négociation collective à une époque où un membre d'un syndicat partageait la responsabilité des actes de ce syndicat.

Voilà précisément la situation qui existait lorsque la disposition qui a précédé l'art. 44 a été adoptée pour la première fois. Il faudrait se rappeler qu'antérieurement aux *Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre*, les syndicats étaient des organisations purement volontaires. À l'époque, les paiements faits par les membres pouvaient être interprétés comme reflétant une approbation de la politique adoptée par le syndicat. Comme le professeur T. R. Haggard l'explique dans *Compulsory Unionism, the NLRB, and the Courts: A Legal Analysis of Union Security Agreements* (1977), à la p. 132:

[TRADUCTION] À l'époque où les syndicats étaient des associations purement volontaires et privées, toutes ces activités étaient financées de la même façon au moyen de cotisations syndicales volontaires. Si un membre s'opposait soit à la façon de négocier du syndicat soit à son choix de candidats politiques, il pouvait alors simplement cesser de participer au financement de ces activités en annulant son adhésion au syndicat.

Cependant, tout cela a changé lorsque le Congrès a fait des syndicats majoritaires le mandataire légal de tous les employés d'une unité de négociation donnée et a permis que la négociation des conventions collectives exigeant l'adhésion (sous forme de soutien financier) au syndicat constitue une condition de continuation d'emploi.

Au Canada, quelque chose de semblable s'est produit après l'adoption des *Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre* et l'avènement de la formule Rand. Au cours des dernières décennies, des dispositions légales de retenue à la source ont été adoptées dans tous les ressorts canadiens (Adams, *op. cit.*, à la p. 780).

En l'espèce, le paiement de cotisations syndicales est obligatoire en vertu de la convention collective intervenue entre le syndicat et l'employeur sans la participation des employés et, dans bien des

ly, it cannot be denied that union policies are shaped by elected representatives of the employees who are members of the union. As such, an employee may have a right to vote for the election of his representatives and to vote on the adoption of the union's by-law. However, as Hickling, *op. cit.*, notes at p. 174: "To attribute to an individual member personal responsibility for a decision to finance a dispute is somewhat unreal", particularly when, as in this case, the decision to finance the strike is taken at an international level where an individual member has no voice.

Coming back to the ordinary meaning of the words, one cannot ignore that the term "financing" in s. 44(2)(a) implies an active connection between the financing and the strike. The qualifying word "directly", which is associated with "interested", would have been redundant if adjoined to "financing" since the latter in itself is indicative of a direct action. On this point, I would borrow the words of the Lord President in *Watt v. Lord Advocate, supra*, that "'participating in" or "financing" are plain enough words to involve active connection with the dispute." As he further states "the words "directly interested in the trade dispute" should be read *ejusdem generis* and involve a direct interest in the cause of the dispute and its merits or demerits, the reasons for its existence and its justification or non-justification."

Moreover, this interpretation of the word "financing" is substantiated by the historical context. The original "financing" provision, enacted in 1935 and re-enacted in 1940, was drafted at a time when very different social conditions prevailed, particularly in the area of labour relations. Indeed, it is only after the adoption of the *Wartime Labour Relations Regulations* in 1944 that employers were obliged to bargain collectively with unions as the certified representatives of employees. In 1935 and until 1944, labour unions were purely voluntary organizations. Individuals would join unions on a voluntary basis and would make their finan-

cas, contre leur gré. Du point de vue théorique, on ne peut nier que les politiques syndicales sont formulées par les représentants élus des employés membres du syndicat. En sa qualité de membre, un employé peut avoir le droit d'élire ses représentants et de voter relativement à l'adoption des statuts du syndicat. Toutefois, comme le fait remarquer Hickling, *op. cit.*, à la p. 174: [TRANSDUCTION] «Il est quelque peu irréaliste d'imputer à un membre individuel la responsabilité personnelle d'une décision de financer un conflit de travail», particulièrement lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la décision de financer la grève est prise à un échelon international où les membres individuels n'ont pas voix au chapitre.

Pour revenir à la question du sens courant des mots, on ne saurait ignorer le fait que le verbe «finance», à l'al. 44(2)a), sous-entend un lien actif entre le financement et la grève. L'adverbe «directement» qui est joint au terme «intéressé» aurait été redondant s'il avait été joint au terme «finance», puisque ce dernier terme indique en soi une action directe. À ce sujet, pour reprendre les termes utilisés par le lord président dans la décision *Watt v. Lord Advocate*, précitée, «[l]es termes «participe» ou «finance» sont assez clairs pour impliquer l'existence d'un lien actif avec le conflit.» Il ajoute ensuite ceci: «l'expression «directement intéressé» au «différend de travail» doit être interprétée en fonction du principe *ejusdem generis* de manière à signifier un intérêt direct dans la cause du conflit, dans la question de savoir qui a raison et qui a tort, dans les raisons du conflit et dans la justification ou la non-justification de celui-ci.»

De plus, cette interprétation du mot «finance» est justifiée par le contexte historique. La disposition initiale relative au financement, adoptée en 1935 puis adoptée de nouveau en 1940, a été rédigée à une époque où la situation sociale était très différente, particulièrement dans le domaine des relations de travail. En fait, ce n'est qu'après l'adoption des *Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre* en 1944 que les employeurs se virent obligés de négocier collectivement avec les syndicats en leur qualité de représentants accrédités des employés. En 1935, et ce, jusqu'en 1944, les syndicats étaient des organisations purement

cial contributions in the same manner. They were therefore presumed to be intentionally financing the union's activities within the meaning of the disentitlement provision.

It is as a result of historical contingencies such as the use of the closed shop and mandatory deduction of union dues from wages that the possible applications of the term "financing" have been reduced. This is no impediment to the Court interpreting the term in its ordinary grammatical sense. Quite to the contrary, on this analysis the ordinary sense of the word accords both with the historical facts of its enactment and the conclusion that the legislation cannot have intended the section to have application so as to exclude parties in the position of appellant from collecting benefits.

While today interpreting the term "financing" according to its natural meaning as requiring a voluntary, intentional act of contribution on the part of the union member may appear to deprive the term of much of its application, this is merely a historical contingency which does not entail a conclusion that such an interpretation is unwarranted. This is not to say that the provision has lost all meaning in today's context. Even if the word "financing" were to be excised, the provision would still retain its usefulness as regards other disentitlement provisions therein contained. Moreover, one can envisage situations where an employee, in the circumstances of the present claimant, would subscribe voluntarily to the union strike fund in order to support a labour dispute at the place of employment or would participate actively in the raising of funds or a special levy for such strikers. I, of course, express no opinion on whether Parliament is justified in disentitling an employee in these circumstances, as this is a matter for constitutional argument, not statutory interpretation.

As Daily J. remarked in *Outboard, Marine & Mfg. Co.*, *supra*, in adverting to the purpose of the disqualification provision, at p. 617:

volontaires. Les gens adhéraient volontairement à un syndicat et versaient de la même façon leurs contributions financières. On présumait donc qu'ils finançaient délibérément les activités du syndicat, au sens de la disposition relative à l'exclusion du bénéfice des prestations.

C'est en raison d'événements historiques comme le recours à l'atelier fermé et au précompte obligatoire des cotisations syndicales que le sens possible du mot «finance» a été réduit. Cela n'empêche par la Cour de donner à ce terme son sens grammatical ordinaire. Tout au contraire, d'après cette analyse, le sens ordinaire du mot s'accorde à la fois avec les faits historiques entourant son adoption et avec la conclusion que le législateur ne peut avoir voulu que la disposition ait pour effet d'exclure du bénéfice des prestations des parties dans la position de l'appelant.

Même si aujourd'hui l'interprétation du mot «finance» comme signifiant normalement qu'il faut une contribution voulue et délibérée de la part du syndiqué peut sembler dépouiller ce terme d'une bonne partie de son sens, ce n'est là qu'un événement historique qui n'exige pas de conclure qu'une telle interprétation est injustifiée. Cela ne revient pas à dire que la disposition a perdu tout son sens de nos jours. Même si on devait supprimer le verbe «finance», cet alinéa conserverait son utilité en ce qui concerne ses autres dispositions prévoyant l'inadmissibilité aux prestations. De plus, il est possible d'imaginer des situations où un employé, qui est dans la même situation que celle dans laquelle se trouve le prestataire en l'espèce, contribuerait volontairement au fonds de grève syndical afin d'appuyer un conflit collectif à son lieu de travail ou participerait activement à une campagne de souscription ou à une cotisation spéciale au profit des grévistes. Je ne me prononce évidemment pas sur le point de savoir si le Parlement est justifié d'exclure un employé du bénéfice des prestations dans ces circonstances, car il s'agit là d'une question constitutionnelle et non d'un problème d'interprétation législative.

Comme le juge Daily l'a fait remarquer dans la décision *Outboard, Marine & Mfg. Co.*, précitée, à la p. 617, relativement à l'objet de la disposition prévoyant l'exclusion du bénéfice des prestations:

Those who were to be excluded from benefits by the statute were those who attempted to gain by conduct which caused their unemployment or those who actively aided or abetted the previous group, whether or not they gained or lost. A proximity of conduct aiding or abetting the strikers or proximity of result to be gained from the dispute were meant to be the measuring factors. The legislature did not intend to bar, because of remote claims of causation or result, those who were deprived of their employment from the benefits to be received under the Act.

More forceful still is the reasoning in *General Motors Corp.*, *supra*, where the sole issue was the interpretation of the word "financing" in the context of similar legislation and where the financing in question resulted, as here, solely from the mandatory payment of union dues by the claimant (at pp. 1212-13):

The word "financing," moreover, implies something active and voluntary. If the city paid strike benefits, that would not make every taxpayer a financier of the strike. The claimants assert that they had no real choice but to pay their dues and assessments. They worked in a union shop; anyone who refused to pay would have been fired. The General Assembly, the claimants contend, did not mean to force workers to risk imminent unemployment to maintain their eligibility for unemployment benefits if they later got caught in the middle of someone else's strike. That would be too hard a choice.

A payment of money is not "financing" a labor dispute unless there is a meaningful connection between the payment and the dispute (*Baker v. General Motors Corp.* (1980), 409 Mich. 639, 297 N.W. 2d 387), such as a purpose to support the strike . . . The shop clerks' voluntary choice was to join the international, establish a union shop, and pay whatever dues might be called for from time to time. They made that decision not to aid the present strike, which was then unimagined, but rather to assure themselves adequate support in their own labor disputes, when necessary. The strike fund is a sort of private insurance against unemployment due to strikes. One does not pay insurance premiums to finance other people's claims, but to provide for one's own need.

[TRADUCTION] La loi visait à refuser des prestations à ceux qui tentaient de tirer profit d'une conduite qui avait causé la perte de leurs emplois ou à ceux qui les aidaient ou encourageaient activement, peu importe qu'ils y fussent gagnants ou perdants. Les critères déterminants à cette fin devaient être l'existence soit d'une conduite qui aidait ou encourageait directement les grévistes, soit d'un avantage pouvant être tiré du conflit. L'intention du législateur n'a pas été de permettre que, sur la foi de vagues allégations qu'ils ont été eux-mêmes les auteurs de la situation dans laquelle ils se trouvent ou qu'ils pourront en tirer avantage, ceux qui perdent leurs emplois se voient exclus du bénéfice des prestations prévues par la loi.

Plus convaincant encore est le raisonnement adopté dans la décision *General Motors Corp.*, précitée, où l'unique question en litige concernait l'interprétation du mot «finance» dans le contexte d'une loi semblable à celle dont il s'agit en l'espèce et où le financement découlait, comme ici, du seul paiement obligatoire de cotisations syndicales par le prestataire (aux pp. 1212 et 1213):

[TRADUCTION] Le mot «finance» sous-tend en outre quelque chose d'actif et de volontaire. Ainsi, dans l'hypothèse où la ville verserait des allocations de grève, chaque contribuable ne se trouverait pas pour autant à financer la grève. Les prestataires affirment qu'ils n'avaient pas vraiment d'autre choix que d'acquitter leurs cotisations et contributions. Ils travaillaient dans un atelier syndical; quiconque aurait refusé de payer aurait été renvoyé. Selon les prestataires, le législateur n'a pas voulu forcer les ouvriers à courir le risque de perdre leur emploi afin de demeurer admissibles aux prestations d'assurance-chômage au cas où ils seraient ultérieurement touchés par une grève à laquelle ils ne participeraient pas. Ce serait là un choix trop difficile.

Le paiement d'une somme d'argent ne revient pas à «financer» un conflit de travail, à moins qu'il n'existe un lien significatif entre le paiement et le conflit (*Baker v. General Motors Corp.* (1980), 409 Mich. 639, 297 N.W. 2d 387), ce qui serait le cas s'il y avait une raison d'appuyer la grève [. . .] Les commis de magasin ont choisi volontairement d'adhérer au syndicat international, d'établir un atelier syndical et de payer toutes les cotisations qui pourraient être exigées à l'occasion. Ils ont pris cette décision non pas pour contribuer à la grève actuelle, qui était imprévue à l'époque, mais plutôt pour s'assurer à eux-mêmes, en cas de besoin, un soutien adéquat dans leurs propres conflits de travail. Le fonds de grève représente une espèce d'assurance privée contre

To the extent the shop clerks' payments were voluntary, they were not meaningfully connected to the labor dispute; to the extent they were sufficiently related, they were not voluntary. The union dues, therefore, did not constitute financing.

The essential fact of this case is that it is only coincidence that the shop clerks belonged to the same international union as the strikers. That membership did not affect the progress of the labor dispute; had the shop clerks belonged to some other union, and paid their dues into some other strike fund, while persons similarly employed at another plant belonged to Local No. 694, everything would have happened just as it did, except that the striking union (Local No. 719) might not have been so willing to let the shop clerks keep working. The shop clerks in that hypothetical would clearly have been covered by the relieving proviso and so eligible for benefits; the members of the other local of UAW would also have been eligible because they would be at a different establishment. The shop clerks should not be denied benefits simply because they were unlucky enough to get caught in the repercussions of a strike at their own plant by people fortuitously associated with the same strike fund. Such a discrimination would be unrelated to any purpose or policy of the statute.

The argument made by Simon J. is very persuasive, particularly having regard to the state of labour relations today, in Canada as in the United States, as compared to the more primitive state of labour relations in England at the time of the enactment of the Act.

Here, as in *General Motors Corp.*, *supra*, it might be out of sheer convenience that claimant's union strike funds were handled by the International Union. They could just as well have been administered by the union local to which appellant belonged or deposited in a bank or other financial institution. There is no doubt that in such case, the claimant would have been entitled to unemployment insurance benefits as neither he nor his union could have been held to have financed the strike of

le chômage résultant d'une grève. On paie des primes d'assurance non pas pour financer les revendications d'autrui, mais pour subvenir à ses propres besoins. Dans la mesure où les paiements effectués par les commis de magasin ont été volontaires, ils n'avaient aucun lien significatif avec le conflit de travail et dans la mesure où il y avait un lien suffisant, les paiements n'étaient pas volontaires. Les cotisations syndicales ne constituaient donc pas un financement.

Le fait essentiel en l'espèce est que c'est par pure coïncidence que les commis de magasin appartenaient au même syndicat international que les grévistes. Cette appartenance n'a eu aucun effet sur le déroulement du conflit de travail. Si les commis de magasin avaient été membres d'un autre syndicat et qu'ils eussent versé leurs cotisations dans un autre fonds de grève, alors que des personnes occupant des emplois semblables à une autre usine appartenaient à la section locale 694, tout se serait passé exactement de la même manière, sauf que le syndicat en grève (la section locale 719) aurait peut-être été moins disposé à permettre aux commis de magasin de continuer à travailler. Dans cette hypothèse, les commis de magasin auraient manifestement relevé de l'exception et auraient en conséquence été admissibles aux prestations. À ce moment-là, les membres de l'autre section locale des TUA auraient également été admissibles du fait qu'ils se trouvaient à un établissement différent. Il ne faudrait pas refuser des prestations aux commis de magasin simplement parce qu'ils ont eu la malchance de subir les contrecoups d'une grève déclenchée à leur usine par des gens qui se trouvaient, par hasard, à contribuer au même fonds de grève. Une telle discrimination serait étrangère aux objets de la Loi ou à la politique générale qui la sous-tend.

Le raisonnement du juge Simon est très persuasif, compte tenu en particulier de l'état actuel des relations du travail au Canada comme aux États-Unis, par rapport à leur état plus primitif en Angleterre au moment de l'adoption de la Loi.

En l'espèce, comme dans l'affaire *General Motors Corp.*, précitée, il se pourrait que ce soit par simple souci de commodité que les sommes versées par le prestataire dans le fonds de grève syndical aient été gérées par le syndicat international. Ces fonds auraient tout aussi bien pu être administrés par la section locale à laquelle appartenait l'appelant ou encore être déposés dans une banque ou une autre institution financière. Il ne fait pas de doute qu'en pareil cas, le prestataire

the other local of the union. Could the legislature really have intended disentitlement to be dependent upon such a trivial fact? I think not.

Appellant, while not relying on any specific provision of the *Charter*, nevertheless urged that preference be given to *Charter* values in the interpretation of a statute, namely freedom of association. I agree that the values embodied in the *Charter* must be given preference over an interpretation which would run contrary to them (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110).

Simon J. in *General Motors Corp.*, *supra*, alluded to such freedom of association when he said at p. 1213:

The effect of interpreting "financing" as GM suggests would be to burden, arbitrarily, affiliations among bargaining units at the same establishment. Only by remaining independent, or affiliating solely with workers at other plants, could local bargaining units assure that no innocent bystanders would be denied unemployment compensation. As GM itself urges, the policy of this State is to remain neutral in labor disputes (*Buchholz v. Cummins* (1955), 6 Ill.2d 382, 128 N.E.2d 900) and collective bargaining generally. To favor one form of labor organization—or disorganization—over another would not be neutral. This court should not lightly impute to the legislature a policy of discouraging various workers at a plant from pooling their resources in one large union. The Act judges claimants by where they work and in what grade or class, not by what international union they belong to. The shop clerks and the international should not have to bear the cost of their unemployment simply because they are members.

The interpretation which I propose avoids this result. Under this construction, s. 44(1) would still ensure that a claimant who is on strike, and presumably getting strike pay, would not be entitled

aurait eu droit aux prestations d'assurance-chômage, car on n'aurait pas pu conclure que lui ou son syndicat avaient financé la grève de l'autre section locale du syndicat. Est-il possible que le législateur ait vraiment voulu que l'inadmissibilité aux prestations soit fonction d'un fait aussi trivial? Je ne le crois pas.

Bien qu'il n'invoque aucune disposition précise de la *Charte*, l'appelant a néanmoins soutenu que, dans l'interprétation d'une loi, on doit donner la préférence aux valeurs consacrées dans la *Charte*, notamment à celle de la liberté d'association. Je suis d'accord que ces valeurs doivent être préférées à une interprétation qui leur serait contraire (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110).

Le juge Simon, dans la décision *General Motors Corp.*, précitée, fait allusion à la liberté d'association lorsqu'il dit, à la p. 1213:

[TRADUCTION] Si on interprétait le mot «finance» de la manière proposée par GM, cela aurait pour effet d'entraver arbitrairement les affiliations d'unités de négociation dans un même établissement. Ce n'est qu'en restant indépendantes ou en s'affiliant uniquement à des ouvriers dans d'autres usines que les unités de négociation locales pourraient alors s'assurer qu'aucune victime innocente ne se voie refuser des prestations d'assurance-chômage. Comme le fait valoir GM elle-même, cet État a pour politique de rester neutre face aux conflits de travail (*Buchholz v. Cummins* (1955), 6 Ill.2d 382, 128 N.E.2d 900) et aux négociations collectives en général. Or, on ne fait pas preuve de neutralité en favorisant une forme d'organisation—ou de désorganisation—ouvrière au détriment d'une autre. Cette cour ne devrait pas prêter à la légère au législateur l'intention de décourager les différents ouvriers d'une usine de mettre en commun leurs ressources en adhérant à un seul grand syndicat. La Loi juge les prestataires selon l'endroit où ils travaillent et selon leur rang ou leur catégorie, non pas selon le syndicat international auquel ils appartiennent. Les commis de magasin, pas plus que le syndicat international, ne devraient avoir à supporter le coût de leur chômage du simple fait qu'ils sont membres du syndicat international.

L'interprétation que je propose permet d'éviter ce résultat. Selon cette interprétation, le par. 44(1) continuerait d'assurer que le prestataire qui fait la grève et qui touche vraisemblablement des alloca-

to unemployment insurance benefits, as contemplated by s. 44 as a whole. However, the thrust of s. 44(2)(a) will still be preserved should a claimant, out of work because of a labour dispute at the place of employment, although not himself on strike, be actively fostering the strike by financing it voluntarily and freely. This, however, is not the case at bar.

In my view, the Federal Court's interpretation of the word "financing" in s. 44(2)(a) is too broad. As appellant submits, the term "financing" has to have an air of reality to it. It ought to be read as requiring active and voluntary involvement by the claimant and as implying a meaningful connection between the payment and the dispute. An individual, generally speaking, pays dues to insure membership in good standing in his or her local, to insure continued service from local executives, and to insure strike payments to him or her if the local decides to engage in a lawful strike.

In the case at bar, apart from the ordinary meaning of the words, the focus is on the individual claimant and the meaning of "financing" flows from the context of which the statute's purpose is an integral element. While section 44 may be open to a broad interpretation of "financing", in my view, the purpose of the section (to disentitle strikers from benefits) as well as the purpose of the Act as a whole (to provide benefits to involuntarily unemployed persons) dictate that a narrow interpretation be given to the disentitlement provisions of that section. Any doubt, as Wilson J. pointed out in *Abrahams, supra*, should be resolved in favour of the claimant, particularly in the context described above.

In the result, and for the reasons given above, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal, set aside the decision of the umpire and direct that the matter be referred back to the Unemployment Insurance Commission for the proper disposition of appellant's claim in light

tions de grève n'aurait pas droit à des prestations d'assurance-chômage, comme l'envisage l'art. 44 dans son ensemble. L'alinéa 44(2)a) demeurera toutefois opérant si jamais un prestataire qui a perdu son emploi par suite d'un conflit collectif à l'endroit où il travaille, bien qu'il ne soit pas lui-même en grève, soutient activement la grève en la finançant volontairement et librement. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce.

À mon avis, la Cour fédérale donne au mot «finance» employé à l'al. 44(2)a) une interprétation trop large. Comme l'appelant le fait valoir, le terme «finance» doit avoir un air de réalité. Il doit s'interpréter comme exigeant une participation active et volontaire par le prestataire et comme impliquant l'existence d'un lien significatif entre le paiement et le conflit collectif. D'une manière générale, un individu paie des cotisations pour s'assurer d'être membre en règle de sa section locale, pour pouvoir continuer à bénéficier des services des dirigeants syndicaux locaux et pour obtenir des allocations de grève au cas où sa section locale déciderait de déclencher une grève légale.

En l'espèce, indépendamment du sens courant des mots utilisés, l'accent est mis sur le prestataire individuel et le sens du mot «finance» découle du contexte dont l'objet de la Loi fait partie intégrante. Quoique le mot «finance» figurant à l'art. 44 puisse recevoir une interprétation large, j'estime que l'objet de l'article (c'est-à-dire rendre les grévistes inadmissibles aux prestations) ainsi que l'objet de la Loi dans son ensemble (c'est-à-dire fournir des prestations aux personnes qui se trouvent involontairement sans emploi) commandent une interprétation restrictive des dispositions de l'article qui prévoient l'inadmissibilité aux prestations. Comme l'a souligné le juge Wilson dans l'arrêt *Abrahams*, précité, tout doute doit bénéficier au prestataire surtout dans le contexte qui vient d'être décrit.

En définitive, pour les raisons déjà exposées, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel, d'annuler la décision du juge-arbitre et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée à la Commission d'assurance-chômage pour qu'elle puisse prendre la décision qui s'impose relative-

of his entitlement to unemployment insurance benefits, the whole with costs throughout.

English version of the reasons of Beetz, McIntyre and Lamer JJ. delivered by

LAMER J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of Justice L'Heureux-Dubé and I adopt her summary of the facts and the judgments of the lower courts. With respect for the contrary view, however, I am of the opinion that the appeal should be dismissed.

There is no doubt that appellants did not participate in the dispute leading to the work stoppage. It is clear that they were not directly interested in it. The only issue to be decided in the case at bar, therefore, is the proper interpretation of the word "financing" contained in s. 44(2)(a) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48. Did the appellants, by contributing to the strike fund, finance the labour dispute within the meaning of s. 44(2)(a)?

The appellants argued that any uncertainty resulting from ambiguous wording should be resolved in favour of the claimant. In support of this argument they cited the comments of Wilson J. in *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, as to the meaning of the phrase "regularly engaged" contained in s. 44 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Wilson J. said (at p. 10):

Since the overall purpose of the Act is to make benefits available to the unemployed, I would favour a liberal interpretation of the re-entitlement provisions. I think any doubt arising from the difficulties of the language should be resolved in favour of the claimant. [Emphasis added.]

I recognize that if a statute is not clear, interpretation becomes a necessity. In the case at bar, however, the word "financing" is clear, unambiguous and in no sense confusing. "Financing" means [TRANSLATION] "obtaining the capital necessary to operate" (*Petit Robert I* (1986)), [TRANSLATION] "paying, providing money" (*Grand Larousse de la langue française* (1973)).

ment à la réclamation de l'appelant, en tenant compte de son admissibilité aux prestations d'assurance-chômage. L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours.

^a Les motifs des juges Beetz, McIntyre et Lamer ont été rendus par

^b LE JUGE LAMER (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du jugement du juge L'Heureux-Dubé et je m'appuie sur eux pour ce qui est du résumé des faits et des jugements d'instance inférieure. Avec respect pour l'opinion contraire, je suis cependant d'avis que le pourvoi doit être ^c rejeté.

^d Il ne fait aucun doute que les appelants n'ont pas participé au conflit ayant entraîné l'arrêt de travail. Il est clair qu'ils n'y étaient pas directement intéressés. La seule question en l'espèce porte donc sur l'interprétation du terme «finance» que l'on retrouve à l'al. 44(2)a) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48. Les appelants, en contribuant au fonds de grève, ont-ils financé le conflit collectif au sens de l'al. 44(2)a)? ^e

^f Les appelants soutiennent que toute incertitude découlant de l'ambiguïté du texte doit se résoudre en faveur du prestataire. À l'appui de cette prétention, ils invoquent les propos du juge Wilson dans l'affaire *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, portant sur le sens de l'expression «exerce . . . d'une façon régulière» contenue à l'art. 44 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Le juge Wilson déclarait (à la p. 10): ^g

^h Puisque le but général de la Loi est de procurer des prestations aux chômeurs, je préfère opter pour une interprétation libérale des dispositions relatives à la réadmissibilité aux prestations. Je crois que tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du prestataire. [Je souligne.]

ⁱ Je reconnais que si un texte de loi n'est pas clair, il y a lieu de recourir à l'interprétation. Or, en l'instance, le terme «finance» est clair, non équivoque, et il ne prête pas à confusion. «Financer» signifie «procurer les capitaux nécessaires au fonctionnement de» (*Petit Robert I* (1986)), «payer, fournir de l'argent» (*Grand Larousse de la langue française* (1973)). En vertu de l'al. 44(2)a), celui ^j

Under section 44(2)(a), a person who finances a labour dispute is a person who provides money to assist in starting and sustaining a work stoppage. It does not matter whether this monetary contribution is made to finance a particular labour dispute or in anticipation of a possible strike. It is also irrelevant that the contributions are paid into a common strike fund. In all cases, the ordinary meaning of the verb "finance" must prevail.

Moreover, the words used in s. 44(2)(a) reinforce this conclusion. Without going so far as to say that a word has no meaning in itself, it is true that its real meaning will depend on the context in which it is used. Section 44(2)(a) reads as follows:

(2) Subsection (1) is not applicable if a claimant proves that

(a) he is not participating in or financing or directly interested in the labour dispute that caused the stoppage of work;

The verb "participate" inevitably implies an active and personal role in the ongoing labour dispute; the adverb "directly", which qualifies the nature of the claimant's interest, establishes an actual link between him and the dispute. On the other hand, it is impossible to find in the word "financing" used by itself a requirement of active and personal participation or a direct link between the claimant's contribution and the immediate labour dispute. If such was Parliament's intention, it would have made it clear by, for example, adding the adverb "directly" before the word "financing".

A unionized claimant may therefore "finance" a labour dispute even though when he paid his dues into a strike fund, he had no intention of supporting a particular labour dispute.

Appellants argued that the verb "financing", as used in s. 44(2)(a), implies an active and personal participation in the ongoing labour dispute. In my opinion, the use of the verb "is . . . financing" in the present tense does not necessarily imply an actual link between the financing and the strike. The use of the present is recommended in the drafting of legislation and Parliament was here

qui finance un conflit collectif désigne celui qui procure les sommes nécessaires à la mise en œuvre et au maintien d'un arrêt de travail. Que cette contribution monétaire soit faite en vue de financer un conflit de travail particulier ou en prévision d'une grève éventuelle importe peu. Que les cotisations soient versées dans un fonds de grève commun n'est pas non plus pertinent. Dans tous les cas, le sens courant du verbe «financer» doit prévaloir.

D'ailleurs, le choix des termes que l'on retrouve à l'al. 44(2)a milite en faveur de cette conclusion. Sans aller jusqu'à affirmer qu'un mot n'a pas de sens en lui-même, il est vrai que sa portée véritable dépend du contexte dans lequel il est employé. L'alinéa 44(2)a est ainsi libellé:

(2) Le paragraphe (1) n'est pas applicable si le prestataire prouve

a) qu'il ne participe pas au conflit collectif qui a causé l'arrêt du travail, qu'il ne le finance pas et qu'il n'y est pas directement intéressé;

Le verbe «participer» sous-entend inévitablement un rôle actif et personnel dans le conflit de travail en cours; l'adverbe «directement», qui qualifie la nature de l'intérêt du prestataire, établit forcément un lien réel entre ce dernier et le conflit. Par contre, il est impossible de déceler, dans le terme «financer» employé seul, une exigence de participation active et personnelle ou de lien direct entre la contribution du prestataire et le conflit de travail immédiat. Si telle était la volonté du législateur, celui-ci l'aurait clairement indiquée, en ajoutant, par exemple, l'adverbe «directement» devant le mot «finance».

Un syndiqué prestataire peut donc «financer» un conflit collectif même s'il n'a pas versé ses cotisations dans un fonds de grève avec l'intention de soutenir un arrêt particulier de travail.

Les appelants prétendent que le terme «finance», tel qu'employé à l'al. 44(2)a, suppose une participation actuelle et personnelle du syndiqué dans le conflit de travail en cours. À mon avis, l'emploi du verbe «financer» au temps présent n'implique pas nécessairement un lien réel entre le financement et la grève. L'usage du présent est recommandé dans la formulation des textes de loi, et le législateur ne

simply complying with this requirement. This drafting technique does not lead to the conclusion that an employee is financing a labour dispute simply because he makes a financial contribution while the strike is in progress. In this regard, I repeat the observations of Pratte J. in *McKinnon v. The Honourable Mr. Justice Dubé*, [1977] 2 F.C. 569 (C.A.), at p. 571:

A person who is financing an activity is a person who is defraying its cost, and it does not matter whether the funds necessary for this purpose have been disbursed before the activity took place or while it is taking place; in either case it will be said, while the activity is taking place, that it is financed by the person who has made it possible.

Furthermore, the interpretation suggested by the appellants would deprive the word "financing" in s. 44(2)(a) of its meaning. The word would then have little or no practical effect. There will be very few cases indeed where employees who are not themselves on strike will contribute voluntarily to a strike fund in order to support a particular labour dispute. In reading a statute it must be "assumed that each term, each sentence and each paragraph have been deliberately drafted with a specific result in mind. Parliament chooses its words carefully: it does not speak gratuitously" (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 210).

Finally, there are other reasons why a narrow interpretation of the word "financing" should be rejected. First, if the same word were contained in a union by-law designed to provide strike pay to union members who have contributed to the strike fund, there is no doubt that the word "financing" would be construed as I interpret it. Further, the interpretation suggested by the appellants leads to a rather surprising result. If an employee who has contributed to a strike fund were to receive unemployment insurance benefits during a work stoppage, the employer would be partly financing the labour dispute which is paralyzing the operation of its business.

Lastly, it should be noted that Parliament has frequently amended the unemployment insurance

fait ici que se conformer à cette norme. Cette technique de rédaction ne peut amener à conclure qu'un salarié finance un conflit de travail seulement s'il apporte une aide financière pendant la durée de la grève. Je répète à cet égard les paroles du juge Pratte dans *McKinnon c. L'Honorable juge Dubé*, [1977] 2 C.F. 569 (C.A.), à la p. 571:

Celui qui finance une activité, c'est celui qui en défraie le coût peu importe que les fonds nécessaires à cette fin aient été déboursés avant que l'activité n'ait lieu ou qu'ils le soient pendant que l'activité se déroule; dans l'un et l'autre on dira, pendant que l'activité a lieu, qu'elle est financée par celui qui l'a rendue possible.

Du reste, l'interprétation que proposent les appelants viderait le mot «finance», contenu à l'al. 44(2)a), de son sens. Ce terme n'aurait alors que peu ou pas d'utilité pratique. En effet, rares sont les cas où des employés, qui ne sont pas eux-mêmes en grève, vont alimenter volontairement un fonds de grève dans le seul but d'entretenir un conflit de travail particulier. Or, en lisant un texte législatif, on doit «présumer que chaque terme, chaque phrase, chaque alinéa, chaque paragraphe ont été rédigés délibérément en vue de produire quelque effet. Le législateur est économe de ses paroles: il ne «parle pas pour ne rien dire» (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (1982), aux pp. 228 et 229).

Enfin, d'autres considérations commandent le rejet d'une interprétation restrictive du terme «finance». D'abord, si ce même mot se retrouvait dans un règlement du syndicat visant à assurer, en temps de grève, le versement d'allocations aux syndiqués qui ont contribué au fonds de grève, il ne fait nul doute que le terme «finance» serait compris dans le sens où je l'entends. De surcroît, l'interprétation suggérée par les appelants conduit à un résultat quelque peu surprenant. Si l'employé ayant contribué au fonds de grève bénéficiait des prestations d'assurance-chômage lors d'un arrêt de travail, l'employeur se trouverait à financer en partie le conflit collectif qui paralyse l'exploitation de son entreprise.

En dernier lieu, notons que le législateur a fréquemment modifié la législation sur l'assurance-

legislation to keep pace with the ongoing evolution in the field of labour relations. Parliament is manifestly aware of the circumstances in which the Act applies and makes the changes that become necessary to adapt it to those circumstances. As L'Heureux-Dubé J. has indicated, the wording of s. 44(2)(a) has received little or no alteration since the *Unemployment Insurance Act* was adopted in 1940. In my opinion, the fact that contributions to strike funds were probably voluntary at the time does not mean that the scope of the word "financing" is limited to this particular situation. If that had been Parliament's intention, the application of the word would have been restricted by an adverb such as "directly" or "voluntarily". Though aware of the changes that have occurred in labour relations, Parliament has not felt it necessary to limit the application of a word of general import undoubtedly because it intended to cover all situations to which the word might apply. We cannot assume that this is a mere oversight. Furthermore, the fact that there has been no legislative intervention since the judgment in *McKinnon*, *supra*, seems to me very significant in this respect.

For all the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, BEETZ, McINTYRE and LAMER JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: Brian Shell, Toronto.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

chômage pour tenir compte de l'évolution constante que connaît le domaine des relations de travail. Il est manifestement au courant du contexte dans lequel la Loi s'applique et il y apporte les changements qui s'imposent afin de l'adapter à ce contexte. Or, comme l'indique ma collègue, le texte de l'al. 44(2)a) n'a subi presque aucune modification depuis l'adoption de la *Loi sur l'assurance-chômage* en 1940. À mon avis, le fait que les contributions aux fonds de grève étaient, à l'époque, probablement volontaires ne signifie pas que la portée du terme «finance» se limite à cette situation particulière. Si telle était l'intention du législateur, ce dernier aurait restreint l'application de ce terme en le qualifiant par un adverbe comme «directement» ou «volontairement». Conscient des changements survenus dans le monde du travail, le législateur n'a pas senti le besoin de limiter l'application d'un mot de portée générale, et ce sans doute parce qu'il entendait viser toutes les situations que ce terme peut englober. On ne peut présumer qu'il s'agit d'un simple oubli de sa part. D'ailleurs, l'absence d'intervention du législateur depuis la décision rendue dans l'affaire *McKinnon*, précitée, me semble fort significative à cet égard.

Pour tous les motifs ci-mentionnés, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges BEETZ, McINTYRE et LAMER sont dissidents.

Procureur des appelants: Brian Shell, Toronto.

Procureur de l'intimé: Frank Iacobucci, Ottawa.

Sport Maska Inc. Appellant

v.

Jack E. Zitrer, Herbert E. Siblin, Samuel S. Stein, Marvin B. Goldsmith, David B. Stein, Steven A. Yaphe, Morton S. Spector, Stanley Wener, Jeffrey L. Payne, Brahm D. Levine, Morrie L. Fogelbaum, Allan M. Liverman, Robert H. Zitrer Respondents

INDEXED AS: SPORT MASKA INC. v. ZITTRER

File No.: 19660.

1987: October 22; 1988: March 24.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Arbitration — Criteria — Distinction between arbitration and expert opinion — Undertaking to arbitrate — Mediation — Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25, ss. 940 to 951.

The receiver of a bankrupt company sold a large part of its assets to a company which on the same day resold the assets to appellant. Clause 2.01 of the agreement with regard to this latter sale provided that the valuation of the inventory would be reviewed by the bankrupt's auditors, the respondents, who were to take into consideration the representations of appellant. Respondents had then to deliver a written opinion to all the parties to the effect that such inventory count and valuation was fairly presented, the whole at the cost of the bankrupt. Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation was to be deemed to be "definitively determined". In a letter sent to appellant (Exhibit DP-1), the bankrupt agreed that appellant attend the valuation of the inventory and make any representations, adding that respondents' valuation of the inventory would be "final and binding". Respondents confirmed the bankrupt's valuation of the inventory and appellant paid the amount so established. A year later, appellant brought an action for damages in the Superior Court against respondents in the amount representing the difference between the price it had paid and the price it would have paid if respondents had not been negligent in performing their task. Respondents made a declinatory exception alleging that they were acting in this matter as arbitrators and that, as such, they were covered by immunity. The Superior Court dismissed their motion. The Court of Appeal set aside that judgment. In its opinion,

Sport Maska Inc. Appelante

c.

Jack E. Zitrer, Herbert E. Siblin, Samuel S. Stein, Marvin B. Goldsmith, David B. Stein, Steven A. Yaphe, Morton S. Spector, Stanley Wener, Jeffrey L. Payne, Brahm D. Levine, Morrie L. Fogelbaum, Allan M. Liverman, Robert H. Zitrer Intimés

RÉPERTORIÉ: SPORT MASKA INC. c. ZITTRER

N° du greffe: 19660.

1987: 22 octobre; 1988: 24 mars.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Arbitrage — Critères — Distinction entre arbitrage et expertise — Clause compromissoire — Amiable composition — Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25, art. 940 à 951.

Le séquestre d'une compagnie en faillite a vendu une importante partie de l'actif de la compagnie à une entreprise qui, le même jour, l'a revendu à l'appelante. La clause 2.01 de la convention relative à cette dernière vente prévoyait que l'évaluation des stocks serait révisée par les vérificateurs de la faillie, les intimés, qui devaient tenir compte des arguments de l'appelante. Les intimés devaient par la suite donner un avis écrit à toutes les parties selon lequel l'inventaire et l'évaluation des stocks étaient présentés de manière fidèle, le tout au frais de la faillie. À la remise de cette opinion, l'inventaire et l'évaluation des stocks étaient présumés avoir été «déterminés de façon définitive». Dans une lettre qu'elle a fait parvenir à l'appelante (la pièce DP-1), la faillie a accepté que celle-ci assiste à l'évaluation des stocks et fasse des représentations, ajoutant que l'opinion des intimés quant à la valeur des stocks serait «finale et obligatoire». Les intimés ont confirmé l'évaluation des stocks faite par la faillie et la somme fixée a été payée par l'appelante. Un an plus tard, l'appelante a intenté une action en dommages et intérêts en Cour supérieure contre les intimés pour le montant représentant la différence entre le prix versé et celui qu'elle aurait dû payer si les intimés n'avaient pas fait preuve de négligence dans l'accomplissement de leur tâche. Les intimés ont présenté une exception declinatoire prétendant qu'ils agissaient en tant qu'arbitres et, qu'à ce titre, ils devaient jouir de l'immunité. La Cour supérieure a

respondents were acting as arbitrators and that, in the absence of fraud or bad faith, they enjoyed the immunity from civil liability. This appeal is to determine whether the parties had agreed to submit a dispute to arbitration by a third party. This appeal must be disposed of according to the provisions then applicable, namely arts. 940 to 951 of the 1965 *Code of Civil Procedure* in force prior to the 1986 amendments.

Held: The appeal should be allowed.

Per curiam: For a third party to be classified as an arbitrator, it is essential for the agreement of the parties to contain the components of a submission, whether or not this submission is the result of an undertaking to arbitrate. A submission requires the existence of a dispute and an undertaking by the parties to submit that dispute to a third party. If the parties simply intended to avoid a possible dispute, the situation is not one of submission. However, they may have agreed to submit to the arbitration of a third party once a dispute has arisen, pursuant to an undertaking to arbitrate, the prerequisite to a submission. The search for the components of a submission presents no difficulty when the parties have clearly indicated their intent to have the dispute between them arbitrated, and have clearly identified that dispute. But in the absence of a clear intention, it is crucial to identify the precise function the parties intended to entrust to this third party under their agreement and in the circumstances of each case. The language used by the parties, the similarity between arbitration and the judicial process, the role assigned to the third party, the third party's independence and the compliance by the parties with the mandatory provisions of the *Code of Civil Procedure* are means of determining that function and the parties' intent. However, these criteria are neither exhaustive nor mutually exclusive.

In the case at bar, an arbitration agreement (submission or undertaking to arbitrate) could not be found since there was no present or potential dispute either when the agreement was concluded between the parties or when respondents revised the valuation made by the bankrupt. Disagreement as to the value of the inventory only arose once the transaction had been completed, that is after the valuation has been checked by respondents. The parties did not intend to submit a dispute to arbitration by respondents, but simply agreed to rely on their opinion, as accounting experts, to determine one of the essential components of the contract, namely the value of the assets sold, which essentially represented the selling price of those assets.

rejeté la requête. La Cour d'appel a infirmé la décision, considérant que les intimés agissaient à titre d'arbitres et qu'ils bénéficiaient d'une immunité à l'égard de la responsabilité civile en l'absence de fraude ou de mauvaise foi. Le présent pourvoi vise à déterminer si les parties ont convenu de soumettre un différend à l'arbitrage d'un tiers. Le pourvoi doit être décidé en fonction des dispositions applicables à l'époque, soit les art. 940 à 951 du *Code de procédure civile* de 1965 en vigueur avant les modifications de 1986.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Per curiam: Pour qu'un tiers puisse être qualifié d'arbitre, il est essentiel de retrouver dans la convention des parties les éléments d'un compromis, que ce compromis résulte ou non d'une clause compromissoire. Un compromis nécessite l'existence d'un différend et un engagement des parties de soumettre ce différend à un tiers. Si les parties ont simplement envisagé d'éviter une dispute éventuelle, il ne s'agit pas d'un arbitrage. Cependant elles peuvent convenir de se soumettre éventuellement à la juridiction d'un tiers, une fois le différend né, par le biais d'une clause compromissoire, étape préliminaire à l'arbitrage. La recherche des éléments d'un compromis ne pose aucune difficulté lorsque les parties ont clairement indiqué leur intention de faire arbitrer le différend qui les oppose, différend qu'elles ont clairement identifié. Mais à défaut d'une intention claire, il est crucial d'identifier, à partir des termes de leur entente et des circonstances de chaque espèce, la fonction précise que les parties ont entendu confier au tiers. Le langage utilisé par les parties, la similitude entre la procédure adoptée et le processus judiciaire, le rôle confié au tiers, son indépendance et le respect des dispositions impératives du *Code de procédure civile* sont des critères qui permettent de déterminer cette fonction et l'intention des parties. Ces critères ne sont toutefois pas exhaustifs ni mutuellement exclusifs.

En l'espèce, on ne peut conclure à l'existence d'une convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissoire) puisqu'il n'existait aucun différend né ou éventuel au moment où est intervenue la convention entre les parties ou au moment où les intimés ont révisé l'évaluation faite par la faillie. Le désaccord quant à la valeur des stocks n'est survenu qu'une fois l'achat complété, soit après que l'évaluation eut été vérifiée par les intimés. Les parties n'ont donc pas entendu soumettre un différend à l'arbitrage des intimés, mais ont simplement convenu de se fier à leur opinion d'experts comptables pour déterminer l'un des aspects du contrat, soit la valeur des actifs vendus, qui constituait le prix de vente de ces actifs.

The parties' intent confirmed this finding. Although they agreed to be bound by respondents' opinion and provided for representations to be made by appellant, the language used in the agreement and the other documents giving effect to it, the process contemplated by the parties under the rules applicable to arbitration under the *Code of Civil Procedure*, and the fact that they deliberately deleted a paragraph providing for a possible arbitration, clearly indicated that the parties agreed to obtain an expert opinion from an accountant and did not intend to submit the matter to arbitration by respondents in the accepted understanding of the structure and legal consequences of that process.

Clause 2.01 of the agreement and letter DP-1 did not constitute an undertaking to arbitrate since they did not refer to an undertaking by the parties to conclude a submission to arbitrate should a dispute arise between them.

Finally, respondents were not acting as mediators. Mediation is not, as such, a legal concept distinct from that of the arbitration. Rather, the mediator is an arbitrator who is exempted from compliance with the rules of law. Since mediation is a departure from the law of arbitration, it must be expressly provided for or result from a clear and unambiguous intent of the parties. In fact, clause 2.01 and letter DP-1 made no mention of respondents' being exempted from compliance with the rules of law, acting on the basis of equity or their conscience, or, more simply, being mediators. Moreover, since the mediator is an arbitrator, the criteria for distinguishing between arbitration and expert opinions apply to him *mutatis mutandis*. Since respondents were not acting as arbitrators, it was therefore impossible to speak of mediators.

Per Beetz J.: Considering the origin of the provisions of the *Code of Civil Procedure* with regard to arbitration, it is not necessary to rule on the possible similarity between common law and Quebec law in this respect. Such similarity, if any, cannot have any relevance in positive law.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilotte Inc.*, [1983] R.D.J. 583; *Corporation de la Ville de Beauharnois v. Liverpool & London & Globe Ins. Co.* (1906), 15 K.B. 235; *Home Insurance Co. de New York v. Capuano* (1926), 41 K.B. 85; *Ouellette v. Cie d'assurance mutuelle de commerce contre l'incendie*, [1949] R.L. 163; *Beaudoin v. Rodrigue*, [1952] Q.B. 83;

L'intention des parties confirme cette conclusion. Bien que les parties se soient déclarées liées par l'opinion des intimés et qu'elles aient prévu que l'appelante pouvait faire des représentations, les termes utilisés dans la convention et les documents qui y ont donné suite, le processus envisagé par les parties au regard des règles relatives à l'arbitrage prévues au *Code de procédure civile* et le fait qu'elles aient délibérément biffé un paragraphe qui prévoyait la possibilité d'un arbitrage, démontrent clairement que les parties ont entendu obtenir une expertise comptable et n'ont pas voulu se soumettre à l'arbitrage des intimés tel qu'il faut l'entendre dans sa conception et ses conséquences juridiques.

La clause 2.01 de la convention et la lettre DP-1 ne constituent pas une clause compromissoire puisqu'elles ne mentionnent pas l'obligation des parties de passer compromis dans l'éventualité où un différend surgirait entre elles.

Finalement, les intimés n'agissaient pas à titre d'amiabes compositeurs. L'amiabie composition n'est pas en soi un concept distinct de celui de l'arbitrage. L'amiabie compositeur est plutôt un arbitre que l'on dispense de respecter les règles de droit. Puisqu'elle constitue une dérogation au droit relatif à l'arbitrage, l'amiabie composition doit être stipulée expressément ou résulter d'une intention claire des parties. Or, la clause 2.01 et la lettre DP-1 ne mentionnent aucunement que les intimés sont dispensés d'obéir aux règles de droit, qu'ils doivent agir selon l'équité ou leur conscience ou encore qu'ils sont amiabes compositeurs. De plus, l'amiabie compositeur étant un arbitre, les critères de distinction entre l'arbitrage et l'expertise s'appliquent à lui *mutatis mutandis*. Or, puisque les intimés n'agissaient pas en tant qu'arbitres, on ne saurait donc parler d'amiabes compositeurs.

Le juge Beetz: Vu l'origine des dispositions du *Code de procédure civile* relatives à l'arbitrage, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la similitude que pourraient présenter la *common law* et le droit québécois en la matière. Cette similitude, s'il en est, ne saurait avoir de pertinence en droit positif.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilotte Inc.*, [1983] R.D.J. 583; *Corporation de la Ville de Beauharnois v. Liverpool & London & Globe Ins. Co.* (1906), 15 B.R. 235; *Home Insurance Co. de New York v. Capuano* (1926), 41 B.R. 85; *Ouellette v. Cie d'assurance mutuelle de commerce contre l'incendie*, [1949] R.L. 163; *Beaudoin v. Rodrigue*, [1952] B.R. 83;

St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp., Mtl. C.A., No. 500-09-000639-765, November 17, 1976; *Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée*, [1983] C.S. 897; *Church v. Racicot* (1912), 21 K.B. 471; *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529; *Collins v. Collins* (1858), 26 Beav. 306, 53 E.R. 916; *Scott v. Corporation of Liverpool* (1858), 3 De G. & J. 334, 44 E.R. 1297; *Bos v. Helsham* (1866), L.R. 2 Ex. 72; *Re Hopper* (1867), L.R. 2 Q.B. 367; *Re Carus-Wilson and Greene* (1886), 18 Q.B.D. 7; *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] 1 All E.R. 859; *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All E.R. 901; *Chambers v. Goldthorpe*, [1901] 1 Q.B. 624; *Pappa v. Rose* (1871), L.R. 7 C.P. 32; *Tharsis Sulphur and Copper Co. v. Loftus* (1872), L.R. 8 C.P. 1; *Stevenson v. Watson* (1879), 4 C.P.D. 148; *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 K.B. 425; *Re Krofchick and Provincial Insurance Co.* (1978), 21 O.R. (2d) 805; *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 91; *Preload Co. of Canada Ltd. v. Regina (City of)* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 241; *Campbellford, Lake Ontario and Western Railway Co. v. Massie* (1914), 50 S.C.R. 409; *Re Premier Trust Co. and Hoyt and Jackman* (1969), 3 D.L.R. (3d) 417; *Hartford Fire Insurance Co. v. Jones*, 108 So.2d 571 (1959); *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, 195 F.2d 106 (1952); *In re Waters*, 93 F.2d 196 (1937); *Bewick v. Mecham*, 156 P.2d 757 (1945); *Preferred Insurance Co. v. Richard Parks Trucking Co.*, 158 So.2d 817 (1963); *In re Delmar Box Co.*, 127 N.E.2d 808 (1955); Cass. civ. 2^e Ch., November 7, 1974, *Rev. arb.*, 1975.302 (*Di Trento c. Pinatel*); Cass. civ., June 9, 1961, *Rev. arb.*, 1961.186 (*Soc. Distilleries réunies de Bretagne et de Normandie c. Sofridex*); Cass. com., May 8, 1961, *Bull. civ.*, III, n^o 192, p. 169 (*Société Idéal Coiffeur c. Société Raimon*); Paris, 1^{re} Ch. supp., February 5, 1976, *Rev. arb.*, 1976.255 (*S.C.I. Résidence Les Tilleuls c. S.A. Promeric*); Trib. civ. Seine, 1^{re} Ch., February 8, 1956, *Rev. arb.*, 1957.25 (*Distilleries de Bretagne et de Normandie c. Société privée d'exploitation immobilière*); Cass. civ. 2^e Ch., May 25, 1962, *Rev. arb.*, 1962.103 (*Société Romand c. de Montmort*); Cass. civ. 1^{re} Ch., October 26, 1976, *Rev. arb.*, 1977.336 (*Cayrol c. Cayrol*); Cass. civ. 2^e Ch., June 7 and November 30, 1978, *Rev. arb.*, 1979.343 (*Pentecost c. Pantaloni*; *Société Creaciones Reval c. Société Cerruti 1881*); Paris, 1^{re} Ch. C, January 12, 1979, *Rev. arb.*, 1980.83 (*Belon c. Maurey*); Nancy, 1^{re} Ch., December 12, 1985, *Rev. arb.*, 1986.255 (*Langlais c. Bruneau*); Cass. civ. 3^e Ch., October 9, 1984, *Rev. arb.*, 1986.263 (*Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor*); C.(G.) v. V.-F.(T.), [1987] 2 S.C.R. 244; *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée* (1939), 67 K.B. 536, aff'd [1940] S.C.R. 522; *Corporation du Village de Tadoussac v. Brisson*, [1959] Q.B. 644; *McKay v. Mackedie* (1897),

St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp., C.A. Mtl., n^o 500-09-000639-765, 17 novembre 1976; *Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée*, [1983] C.S. 897; *Church v. Racicot* (1912), 21 B.R. 471; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Collins v. Collins* (1858), 26 Beav. 306, 53 E.R. 916; *Scott v. Corporation of Liverpool* (1858), 3 De G. & J. 334, 44 E.R. 1297; *Bos v. Helsham* (1866), L.R. 2 Ex. 72; *Re Hopper* (1867), L.R. 2 Q.B. 367; *Re Carus-Wilson and Greene* (1886), 18 Q.B.D. 7; *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] 1 All E.R. 859; *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All E.R. 901; *Chambers v. Goldthorpe*, [1901] 1 Q.B. 624; *Pappa v. Rose* (1871), L.R. 7 C.P. 32; *Tharsis Sulphur and Copper Co. v. Loftus* (1872), L.R. 8 C.P. 1; *Stevenson v. Watson* (1879), 4 C.P.D. 148; *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 K.B. 425; *Re Krofchick and Provincial Insurance Co.* (1978), 21 O.R. (2d) 805; *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 91; *Preload Co. of Canada Ltd. v. Regina (City of)* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 241; *Campbellford, Lake Ontario and Western Railway Co. v. Massie* (1914), 50 R.C.S. 409; *Re Premier Trust Co. and Hoyt and Jackman* (1969), 3 D.L.R. (3d) 417; *Hartford Fire Insurance Co. v. Jones*, 108 So.2d 571 (1959); *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, 195 F.2d 106 (1952); *In re Waters*, 93 F.2d 196 (1937); *Bewick v. Mecham*, 156 P.2d 757 (1945); *Preferred Insurance Co. v. Richard Parks Trucking Co.*, 158 So.2d 817 (1963); *In re Delmar Box Co.*, 127 N.E.2d 808 (1955); Cass. civ. 2^e Ch., 7 novembre 1974, *Rev. arb.*, 1975.302 (*Di Trento c. Pinatel*); Cass. civ., 9 juin 1961, *Rev. arb.*, 1961.186 (*Soc. Distilleries réunies de Bretagne et de Normandie c. Sofridex*); Cass. com., 8 mai 1961, *Bull. civ.*, III, n^o 192, p. 169 (*Société Idéal Coiffeur c. Société Raimon*); Paris, 1^{re} Ch. supp., 5 février 1976, *Rev. arb.*, 1976.255 (*S.C.I. Résidence Les Tilleuls c. S.A. Promeric*); Trib. civ. Seine, 1^{re} Ch., 8 février 1956, *Rev. arb.*, 1957.25 (*Distilleries de Bretagne et de Normandie c. Société privée d'exploitation immobilière*); Cass. civ. 2^e Ch., 25 mai 1962, *Rev. arb.*, 1962.103 (*Société Romand c. de Montmort*); Cass. civ. 1^{re} Ch., 26 octobre 1976, *Rev. arb.*, 1977.336 (*Cayrol c. Cayrol*); Cass. civ. 2^e Ch., 7 juin et 30 novembre 1978, *Rev. arb.*, 1979.343 (*Pentecost c. Pantaloni*; *Société Creaciones Reval c. Société Cerruti 1881*); Paris, 1^{re} Ch. C, 12 janvier 1979, *Rev. arb.*, 1980.83 (*Belon c. Maurey*); Nancy, 1^{re} Ch., 12 décembre 1985, *Rev. arb.*, 1986.255 (*Langlais c. Bruneau*); Cass. civ. 3^e Ch., 9 octobre 1984, *Rev. arb.*, 1986.263 (*Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor*); C.(G.) c. V.-F.(T.), [1987] 2 R.C.S. 244; *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée* (1939), 67 B.R. 536, conf. [1940] R.C.S. 522; *Corporation du Village de Tadoussac v. Brisson*, [1959] B.R. 644; *McKay v. Mackedie* (1897), 11 C.S. 513; *Chamberland v. Corpo-*

11 C.S. 513; *Chamberland v. Corporation du Village de Mont-Joli* (1936), 74 C.S. 529.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Code of Civil Procedure of Lower Canada, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 25.

Act respecting the Code of Civil Procedure of the Province of Québec, S.Q. 1897, c. 48.

Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration, S.Q. 1986, c. 73, ss. 1, 2.

Civil Code of Lower Canada, arts. 1926.1 to 1926.6 [ad. 1986, c. 73, s. 1].

Code civil (France), art. 1592.

Code de procédure civile (France), arts. 1003 to 1028.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 940 to 951.2 [ad. 1986, c. 73, s. 2].

Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25 [formerly S.Q. 1965, c. 80], arts. 165.4, 940 to 951.

Code of Civil Procedure of Lower Canada, arts. 1341 to 1354.

Code of Civil Procedure of the Province of Québec, arts. 1431 to 1444.

Nouveau Code de procédure civile (France), art. 1451.

Authors Cited

Anctil, Jacques J. *Commentaires sur le Code de procédure civile avec tableaux synoptiques et formules*, t. 2. Sherbrooke: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1983.

Antaki, Nabil N. "L'Amiable composition". Dans Nabil N. Antaki et Alain Prujiner (éd.), *Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.

Beullac, Pierre. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Lovell & Son, 1908.

Boissésou, Matthieu de. *Le droit français de l'arbitrage*. Paris: Gide, Loyrette, Nouel, 1983.

Bredin, Jean-Denis. "L'amiable composition et le contrat", *Rev. arb.*, 1984.259.

Brierley, John E. C. "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", [1987] *C.P. du N.* 507.

Brierley, John E. C. "Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage" (1987), 47 *R. du B.* 259.

Canadian Institute of Chartered Accountants. *CICA Handbook*, vol. II. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, [1983].

Colas, Emile. "Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau" (1968), 28 *R. du B.* 129.

Doutre, Gonzalve. *Les lois de la procédure civile*. Montréal: Eusèbe Sénécal, 1867.

Ferland, Philippe. *L'arbitrage conventionnel*. Montréal: Thélème, 1983.

Gérin-Lajoie, Henri. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1920.

ration du Village de Mont-Joli (1936), 74 C.S. 529.

Lois et règlements cités

Acte concernant le Code de Procédure Civile du Bas Canada, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 25.

Code civil (France), art. 1592.

Code civil du Bas-Canada, art. 1926.1 à 1926.6 [aj. 1986, chap. 73, art. 1].

Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 940 à 951.2 [aj. 1986, chap. 73, art. 2].

Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25 [auparavant S.Q. 1965, chap. 80], art. 165.4, 940 à 951.

Code de procédure civile (France), art. 1003 à 1028.

Code de procédure civile de la province de Québec, art. 1431 à 1444.

Code de procédure civile du Bas-Canada, art. 1341 à 1354.

Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec, S.Q. 1897, chap. 48.

Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage, L.Q. 1986, chap. 73, art. 1, 2.

Nouveau Code de procédure civile (France), art. 1451.

e Doctrine citée

Anctil, Jacques J. *Commentaires sur le Code de procédure civile avec tableaux synoptiques et formules*, t. 2. Sherbrooke: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1983.

Antaki, Nabil N. «L'Amiable composition». Dans Nabil N. Antaki et Alain Prujiner (éd.), *Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.

Beullac, Pierre. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Lovell & Son, 1908.

Boissésou, Matthieu de. *Le droit français de l'arbitrage*. Paris: Gide, Loyrette, Nouel, 1983.

Bredin, Jean-Denis. «L'amiable composition et le contrat», *Rev. arb.*, 1984.259.

Brierley, John E. C. «La convention d'arbitrage en droit québécois interne», [1987] *C.P. du N.* 507.

Brierley, John E. C. «Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage» (1987), 47 *R. du B.* 259.

Colas, Emile. «Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau» (1968), 28 *R. du B.* 129.

Doutre, Gonzalve. *Les lois de la procédure civile*. Montréal: Eusèbe Sénécal, 1867.

Ferland, Philippe. *L'arbitrage conventionnel*. Montréal: Thélème, 1983.

Gérin-Lajoie, Henri. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1920.

Hogg, Quintin McGarel. *The Law of Arbitration*. London: Butterworths, 1936.

- Hogg, Quintin McGarel. *The Law of Arbitration*. London: Butterworths, 1936.
- Johnson, Walter Seely. *The Clause Compromissoire: Its Validity in Quebec*. Montreal: W. S. Johnson, 1945.
- Langelier, François. *Cours de droit civil*, t. 1 à 6. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905 à 1911.
- Loquin, Eric. *L'amiable composition en droit comparé et international*. Paris: Librairies Techniques, 1980.
- Martineau, Paul G. et Romuald Delfausse. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Théoret, 1899.
- Mayer, Pierre. Note, *Rev. arb.*, 1986.267.
- McLaren, Richard H. and Earl Edward Palmer. *The Law and Practice of Commercial Arbitration*. Toronto: Carswells, 1982.
- Mignault, Pierre Basil. *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté*. Montréal: Valois, 1891.
- Mignault, Pierre Basil. *Le droit civil canadien*, t. 1 à 9. Montréal: Whiteford & Théoret/Théoret/Wilson & Lafleur, 1895 à 1916.
- Motulsky, Henri. *Écrits: études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 1974.
- Pothier, Robert. *Oeuvres de Pothier*, t. 9. Paris: Bechet Ainé, 1824.
- Pourcelet, Michel. *La vente*, 5^e éd. Montréal: Thémis, 1987.
- Ravon, Henri. *Traité de l'arbitrage et de l'expertise*. Paris: Librairie d'architecture, 1905.
- Reid, Henri. *Code de procédure civile du Québec, complément jurisprudence et doctrine*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1987.
- Reid, Hubert et Denis Ferland. *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 1981.
- Robert, Jean. *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, 5^e éd. Paris: Dalloz, 1983.
- Rocher, Paul. *De l'arbitrage en matière civile*. Paris, Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, 1907.
- Roland-Levy, Pierre. Note, *Rev. arb.*, 1979.345.
- Rousseau-Houle, Thérèse. *Précis du droit de la vente et du louage*, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.
- Rubellin-Devichi, Jacqueline. Note, *Rev. arb.*, 1980.87. *Traité de Droit civil du Québec*, t. 1 à 15. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942 à 1958.
- Tyan, Emile. *Le droit de l'arbitrage*. Beyrouth: Librairies Antoine, 1972.
- Walton Anthony. *Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. London: Stevens & Sons, 1979.
- Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l'ICCA*, vol. II. Toronto: Institut canadien des comptables agréés, [1983].
- ^a Johnson, Walter Seely. *The Clause Compromissoire: Its Validity in Quebec*. Montreal: W. S. Johnson, 1945.
- Langelier, François. *Cours de droit civil*, t. 1 à 6. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905 à 1911.
- Loquin, Eric. *L'amiable composition en droit comparé et international*. Paris: Librairies Techniques, 1980.
- ^b Martineau, Paul G. et Romuald Delfausse. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Théoret, 1899.
- Mayer, Pierre. Note, *Rev. arb.*, 1986.267.
- McLaren, Richard H. and Earl Edward Palmer. *The Law and Practice of Commercial Arbitration*. Toronto: Carswells, 1982.
- ^c Mignault, Pierre Basil. *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté*. Montréal: Valois, 1891.
- Mignault, Pierre Basil. *Le droit civil canadien*, t. 1 à 9. Montréal: Whiteford & Théoret/Théoret/Wilson & Lafleur, 1895 à 1916.
- ^d Motulsky, Henri. *Écrits: études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 1974.
- Pothier, Robert. *Oeuvres de Pothier*, t. 9. Paris: Bechet Ainé, 1824.
- ^e Pourcelet, Michel. *La vente*, 5^e éd. Montréal: Thémis, 1987.
- Ravon, Henri. *Traité de l'arbitrage et de l'expertise*. Paris: Librairie d'architecture, 1905.
- Reid, Henri. *Code de procédure civile du Québec, complément jurisprudence et doctrine*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1987.
- ^f Reid, Hubert et Denis Ferland. *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 1981.
- Robert, Jean. *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, 5^e éd. Paris: Dalloz, 1983.
- ^g Rocher, Paul. *De l'arbitrage en matière civile*. Paris, Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, 1907.
- Roland-Levy, Pierre. Note, *Rev. arb.*, 1979.345.
- ^h Rousseau-Houle, Thérèse. *Précis du droit de la vente et du louage*, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.
- Rubellin-Devichi, Jacqueline. Note, *Rev. arb.*, 1980.87. *Traité de Droit civil du Québec*, t. 1 à 15. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942 à 1958.
- ⁱ Tyan, Emile. *Le droit de l'arbitrage*. Beyrouth: Librairies Antoine, 1972.
- Walton Anthony. *Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. London: Stevens & Sons, 1979.
- ^j APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 386, [1985] R.D.J. 520, POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 386, [1985] R.D.J. 520,

reversing a judgment of the Superior Court¹, dismissing a declinatory exception. Appeal allowed.

Gilles Poulin and Richard Levy, for the appellant.

John Nicholl, for the respondents.

English version of the reasons delivered by

BEETZ J.—I would allow the appeal for the reasons given by Justice L'Heureux-Dubé. Considering the origin of the provisions of the *Code of Civil Procedure* with regard to arbitration, I do not consider it necessary to rule on the possible similarity between common law and Quebec law in this respect. Such similarity, if any, cannot have any relevance in positive law.

English version of the judgment of Lamer, Wilson, Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ. delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Did the parties to an agreement for the sale of assets agree to submit a dispute to arbitration by a third party? If so, do such arbitrators enjoy immunity from prosecution? These are the issues raised by this appeal.

The Quebec Superior Court, district of Montréal (Yves Forest J., judgment of April 13, 1984), answered the first question in the negative, thus making it unnecessary to answer the second.

The Quebec Court of Appeal, district of Montréal (McCarthy and LeBel JJ.A., and Chevalier J. (*ad hoc*), [1985] C.A. 386), reversed this judgment and answered both questions in the affirmative.

By leave of this Court, appellant is asking it to restore the Superior Court judgment.

I—Facts

The parties related the facts differently in their respective factums; respondents argued that appellant went beyond the facts alleged.

¹ Mtl. Sup. Ct., No. 500-05-002102-844, April 13, 1984.

qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure¹, qui avait rejeté une exception déclinatoire. Pourvoi accueilli.

Gilles Poulin et Richard Levy, pour l'appelante.

John Nicholl, pour les intimés.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE BEETZ—Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour les motifs énoncés par le juge L'Heureux-Dubé. Vu l'origine des dispositions du *Code de procédure civile* relatives à l'arbitrage, il ne m'apparaît toutefois pas nécessaire de me prononcer sur la similitude que pourraient présenter la *common law* et le droit québécois en la matière. Cette similitude, s'il en est une, ne saurait avoir de pertinence en droit positif.

Le jugement des juges Lamer, Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Des parties à une convention de vente d'actifs ont-elles entendu soumettre un différend à l'arbitrage d'un tiers? Si oui, ces arbitres jouissent-ils de l'immunité? Ce sont là les questions que pose cet appel.

La Cour supérieure du Québec, district de Montréal (le juge Yves Forest, jugement du 13 avril 1984), a répondu par la négative à la première question, la dispensant ainsi de répondre à la seconde.

La Cour d'appel du Québec, district de Montréal (les juges McCarthy, LeBel et Chevalier (*ad hoc*), [1985] C.A. 386), a infirmé ce jugement et a répondu par l'affirmative aux deux questions.

L'appelante nous invite, avec permission de cette Cour, à rétablir le jugement de la Cour supérieure.

I—Les faits

Les parties exposent les faits différemment dans leurs mémoires respectifs, les intimés prétendant que l'appelante va au-delà des faits allégués.

¹ C.S. Mtl., n° 500-05-002102-844, 13 avril 1984.

For the purposes of the discussion, it will only be necessary to reproduce the facts as stated by Chevalier J. at pp. 387-88:

[TRANSLATION] On December 8, 1982, a receiver chosen by the secured creditors of the insolvent company CCM Inc. accepted an offer from R.A.D. Inc. to buy a large part of CCM's assets, including in particular a stock of goods identified as the "Winter Goods Division".

The agreement in question contained the following clause (P-2):

2.01 Vendor and Purchaser hereby agree that the inventory described in Section 1.01(a) above will be counted or verified by representatives of the Vendor in the presence of representatives of the Purchaser and shall be valued by the Vendor on a going concern basis at the lower of cost and net realizable value on a basis consistent with prior years, such count and valuation of the inventory described in Section 1.01(a) to be reviewed by Vendor's auditors, Messrs. Zitrer, Siblin, Stein & Levine, Chartered Accountants, who will deliver a written opinion to the Vendor and Purchaser to the effect that such inventory count and valuation is fairly presented, the whole at Vendor's sole cost. Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation shall be deemed to be definitively determined for all purposes in connection with this offer.

The physical counting on the inventory shall commence at 5:01 p.m. on December 17, 1982 (the "Date of Possession") and the valuation of the inventory described in Section 1.01(a) shall be completed prior to January 21, 1983 (the "Closing Date").

On December 17, 1982, R.A.D. Inc. in turn resold the aforesaid winter stock to respondent Sport Maska Inc. This second agreement contained the following wording (P-1):

2.01 Vendor and Purchaser hereby agree that the inventory described in Section 1.01(a) above will be counted or verified by representatives of CCM Inc. the Vendor and the Purchaser and shall be valued by CCM Inc., the Vendor and the Purchaser on a going concern basis at the lower of cost or net realizable value and on a basis consistent with prior years, such count and valuation of the inventory described in Section 1.01(a) to be reviewed by CCM Inc.'s auditors, Messrs. Zitrer, Siblin, Stein & Levine, Chartered Accountants, who shall take into consideration the representations of Sport Maska Inc. as to the valuation of the inventory, and the said accountants shall deliver a written opinion to CCM Inc., to the

Pour les fins du débat, il suffit de reproduire les faits tels que consignés par le juge Chevalier de la Cour d'appel aux pp. 387 et 388:

Le 8 décembre 1982, un séquestre choisi par les créanciers garantis de la compagnie insolvable CCM Inc. accepta l'offre de R.A.D. Inc. d'acheter une partie importante des actifs de CCM ceux-ci comprenant, entre autres, un stock de marchandises identifié comme le «Winter goods division».

L'entente en question contenait la clause suivante (P-2):

[TRANSLATION] 2.01 Le vendeur et l'acheteur acceptent par la présente que le stock décrit à la clause 1.01a) mentionnée précédemment soit compté ou vérifié par des représentants du vendeur en la présence des représentants de l'acheteur et soit évalué par le vendeur selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette, selon ce qui sera le moins élevé, conformément aux années précédentes, que ce compte et cette évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) soient révisés par les vérificateurs du vendeur, MM. Zitrer, Siblin, Stein & Levine, comptables agréés, qui remettront un avis écrit au vendeur et à l'acheteur selon lequel le compte et l'évaluation du stock sont présentés de manière fidèle, le tout uniquement au frais du vendeur. À la remise d'une telle opinion, le compte et l'évaluation du stock sont présumés être déterminés de façon définitive en ce qui a trait à la présente offre.

Le compte matériel du stock doit commencer à 17 h 01 le 17 décembre 1982 (la «date de possession») et l'évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) doit être terminée avant le 21 janvier 1983 (la «date de clôture»).

À son tour, le 17 décembre 1982, R.A.D. Inc. revendit le stock d'hiver précité à l'intimée Sport Maska Inc. Dans cette seconde convention, était inscrit le texte suivant (P-1):

[TRANSLATION] 2.01 Le vendeur et l'acheteur acceptent par la présente que le stock décrit à la clause 1.01a) mentionnée précédemment soit compté ou vérifié par des représentants de CCM Inc., du vendeur et de l'acheteur et soit évalué par CCM Inc., le vendeur et l'acheteur selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette, selon ce qui sera le moins élevé, conformément aux années précédentes, que ce compte et cette évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) soient révisés par les vérificateurs de CCM Inc., MM. Zitrer, Siblin, Stein & Levine, comptables agréés, qui tiendront compte des arguments de Sport Maska Inc. en ce qui concerne l'évaluation du stock et lesdits comptables remettront

Vendor and the Purchaser to the effect that such inventory count and valuation is fairly presented (marginal notation unclear), the whole at the cost of CCM Inc. Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation shall be deemed to be definitively determined for all purposes in connection with this Offer.

The physical counting on the inventory shall commence at 5:01 p.m. on December 17, 1982 (the "Date of Possession") and the valuation of the inventory described in Section 1.01(a) shall be completed prior to January 21, 1983.

Also on December 17, 1982, CCM sent R.A.D. and Sport Maska a letter reading as follows (*DP-1*):

We understand that Gestion R.A.D. Inc. has today entered into an agreement to sell the winter goods division of CCM Inc. to Sport Maska Inc. CCM Inc. hereby agrees that Sport Maska Inc. shall be entitled to attend the valuation of the winter goods inventory as contemplated in the accepted Offer of Purchase between Gestion R.A.D. Inc. and CCM Inc. and shall further be entitled to make any representations to CCM Inc. and Messrs. Zitrer, Siblin, Stein & Levine in connection with the valuation of the said winter goods inventory. However, in determining the final valuation of the winter goods inventory between CCM Inc. and Gestion R.A.D. Inc., the opinion of Messrs. Zitrer, Siblin, Stein & Levine shall be final and binding.

According to the allegations of the statement of claim, the inventory was taken and the inventoried stock valued by CCM, which on January 20, 1983 sent appellants the following letter (*P-4*):

Gentlemen:

Pursuant to Paragraph 2.01 of the Offer by Gestion R.A.D. Inc. to purchase certain assets of CCM Inc. (dated December 6, 1982; accepted December 8, 1982), we hereby inform you that we have counted the inventory described in Section 1.01(a) of the said Offer and valued the same at \$3,798,000.00 as at December 17, 1982. Such inventory has been valued by us on a going concern basis at the lower of cost and net realizable value on a basis consistent with prior years.

On the same day appellants sent R.A.D. and CCM a letter reading as follows (*P-3*):

Pursuant to Section 2.01 of an Offer by Gestion R.A.D. Inc. to CCM Inc. signed on December 6th, 1982 (the "Offer"), we have reviewed the count and

un avis écrit à CCM Inc., au vendeur et à l'acheteur selon lequel le compte et l'évaluation du stock sont présentés de manière fidèle (note marginale illisible), le tout uniquement au frais de CCM Inc. À la remise d'une telle opinion, le compte et l'évaluation du stock sont présumés être déterminés de façon définitive en ce qui a trait à la présente offre.

Le compte matériel du stock doit commencer à 17 h 01 le 17 décembre 1982 (la «date de possession») et l'évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) doit être terminée avant le 21 janvier 1983.

Ce même jour du 17 décembre 1982, CCM transmet à R.A.D. et à Sport Maska une lettre rédigée comme suit (*D.P.1*):

[TRADUCTION] Nous comprenons que Gestion R.A.D. Inc. a conclu aujourd'hui une entente pour vendre la division du stock d'hiver de CCM Inc. à Sport Maska Inc. CCM Inc. convient par la présente que Sport Maska Inc. a le droit d'assister à l'évaluation du stock d'hiver visé dans l'offre d'achat acceptée entre Gestion R.A.D. Inc. et CCM Inc. et a en outre le droit de présenter des observations à CCM Inc. et à MM. Zitrer, Siblin, Stein & Levine relativement à l'évaluation dudit stock d'hiver. Toutefois, pour fixer la valeur finale du stock d'hiver entre CCM Inc. et Gestion R.A.D. Inc., l'opinion de MM. Zitrer, Siblin, Stein & Levine sera finale et obligatoire.

Selon les allégations de la déclaration, l'inventaire eut lieu et l'évaluation du stock inventoried fut faite par CCM qui, le 20 janvier 1983, adressa aux appelants la communication suivante (*P-4*):

[TRADUCTION] Messieurs,

Conformément à la clause 2.01 de l'offre d'achat de certains biens de CCM Inc. par Gestion R.A.D. Inc. (datée du 6 décembre 1982; acceptée le 8 décembre 1982), nous vous avisons par la présente que nous avons compté le stock décrit à la clause 1.01a) de ladite offre et nous l'avons évalué à 3 798 000 \$ le 17 décembre 1982. Nous avons évalué ce stock selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette selon ce qui est le moins élevé conformément aux années précédentes.

Le même jour, les appelants (ici intimés) firent tenir à R.A.D. et à CCM une lettre dont voici le texte (*P-3*):

[TRADUCTION] Conformément à la clause 2.01 d'une offre faite par Gestion R.A.D. Inc. à CCM Inc. signée le 6 décembre 1982 (l'«offre»), nous avons révisé le

valuation by CCM Inc. of the inventory of CCM Inc. described in Section 1.01(a) of the Offer. Our examination was made in accordance with generally accepted auditing standards, and accordingly included such tests and other procedures as we considered necessary in the circumstances.

In our opinion the count by CCM Inc. of such inventory as at December 17th 1982 and the valuation thereof by CCM Inc. in the amount of \$3,798,000 present fairly such inventory as at such date on a going concern basis at the lower of cost and net realizable value on a basis consistent with prior years.

The following day, January 21, 1983, the date on which both transactions were to be completed, respondent paid R.A.D. the amount determined by CCM and confirmed by appellants.

Finally, on February 22, 1984, it brought against them an action the conclusions of which claimed damages in the amount of \$1,306,263, representing the difference between the price it had paid for the stock purchased and the price which, it maintained, it would have had to pay if appellants had performed their obligation as they ought to have done.

II—Judgments

The Superior Court judge stated his reasons as follows:

[TRANSLATION] WHEREAS it appears from the record that this is not a "judicial case", or a case involving an arbitrator or arbitration presented pursuant to arts. 940 *et seq.* of the Code of Civil Procedure;

WHEREAS an arbitral award is not in question and the authorities cited do not apply either in the case at bar;

WHEREAS it appears from reading the said relevant paragraph that an opinion was requested from accountants, and when that opinion is delivered there is a presumption that it is finally determined;

WHEREAS the Court has before it an action for damages against defendants for the reasons alleged in the declaration;

WHEREAS the Court considers that the arguments of the motion presented pursuant to arts. 163 and 165 C.C.P. appear to be ill-founded; and

WHEREAS the Court considers that the motion for a declinatory exception is ill-founded, it is dismissed with costs.

Reversing this judgment, two judges of the Court of Appeal, LeBel J.A. and Chevalier J. (*ad*

compte et l'évaluation par CCM Inc. du stock de CCM Inc. décrit à la clause 1.01a) de l'offre. Notre examen a été fait conformément aux normes de vérification généralement reconnues et comprenait donc les tests et autres procédures que nous avons jugés nécessaires dans les circonstances.

À notre avis le compte de ce stock établi par CCM Inc. le 17 décembre 1982 et son évaluation par CCM Inc. à 3 798 000 \$ représentent fidèlement ce stock à cette date selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette selon ce qui est le moins élevé conformément aux années précédentes.

Le lendemain, le 21 janvier 1983, date à laquelle devaient être complétées les deux transactions, l'intimée versa à R.A.D. la somme fixée par CCM et confirmée par les appelants.

Enfin, le 22 février 1984, elle intenta contre eux l'action aux conclusions de laquelle elle leur réclame des dommages pour la somme de 1 306 263 \$, ce montant représentant la différence entre le prix qu'elle a payé pour le stock acquis et celui que, selon ses prétentions, elle aurait été appelée à verser si les appelants avaient accompli leur tâche comme ils le devaient.

e II—Les jugements

Le juge de la Cour supérieure a formulé les considérants suivants:

CONSIDÉRANT qu'il appert du dossier qu'il ne s'agit pas d'un «cas de juge», ou encore d'arbitre ou d'un arbitrage formé suivant les articles 940 et ss. du Code de procédure civile;

CONSIDÉRANT qu'il ne s'agit pas de sentence arbitrale et que les autorités citées ne s'appliquent pas non plus dans le cas de la présente instance;

CONSIDÉRANT qu'à la lecture dudit paragraphe pertinent, il s'agit d'une opinion qui est demandée à des comptables et que sur livraison de l'opinion, il s'agit d'une présomption qu'elle est définitivement déterminée;

CONSIDÉRANT que nous sommes en présence d'une action en dommages contre les défendeurs pour les raisons alléguées dans la déclaration;

CONSIDÉRANT que le Tribunal est d'avis que les prétentions de la requête, formée sous les articles 163 et 165 C.P.C., paraissent être mal fondées;

CONSIDÉRANT que le Tribunal est d'avis que la requête pour exception declinatoire est mal fondée, elle est rejetée avec dépens.

Infirmant ce jugement, deux juges de la Cour d'appel, les juges LeBel et Chevalier (*ad hoc*), ont

hoc), filed joint reasons in which McCarthy J.A. concurred.

At the outset the Court of Appeal eliminated the remedy based on fraud and bad faith on the part of respondents, and allowed only the action for damages which was based on respondents' professional status, given the allegations of the action as brought.

Chevalier J. stated the following in this regard, at p. 389:

[TRANSLATION] The action brought is for damages. Nowhere in the declaration is there any allegation of fraud, corruption or any kind of delict affecting the personal integrity of appellants. All the allegations made against them by respondent have to do with the negligent and unprofessional manner in which they allegedly performed the task entrusted to them.

I therefore rule out any possibility that this is an action for damages based on a delict which has no connection with the *professional* status of appellants, in the precise meaning of that adjective. I consider that this first point needs to be clarified forthwith for, had appellants committed a delict of a personal nature, I would have expressed myself differently from what follows.

LeBel J.A. added at p. 394:

[TRANSLATION] In order to rule the action admissible, something would have to be found suggesting more than negligence or professional misconduct. Even in paragraph 15 of the declaration, referred to above, and notwithstanding its ambiguous wording, I find no allegation to support a conclusion that appellants are personally liable.

On the nature of respondents' function under the terms of the foregoing agreements, Chevalier J. said the following at p. 389:

[TRANSLATION] Having said that, I am satisfied after examining the wording of clause 2.01 of the agreement of December 17, 1982, together with the wording of the letter from CCM to R.A.D. and to Maska dated that same day, that the parties intended to submit the valuation of the goods to arbitration pursuant to arts. 940 *et seq.* of the Code of Civil Procedure.

Chevalier J. drew the criteria pointing to arbitration from the wording of the agreements in question and concluded at p. 391:

déposé des motifs au même effet auxquels a souscrit le juge McCarthy.

Dès le départ, la Cour d'appel a éliminé le recours fondé sur la fraude et mauvaise foi pour ne retenir que le recours en dommages-intérêts basé sur la qualité professionnelle des intimés au regard des allégations de l'action telle qu'intentée.

Le juge Chevalier s'exprime à cet égard comme suit, à la p. 389:

La poursuite intentée est en dommages-intérêts. Nulle part dans la déclaration ne retrouve-t-on quelque allégation de fraude, de corruption ou d'un délit quelconque qui atteindrait l'intégrité personnelle des appelants. Tous les reproches que l'intimée leur adresse ont trait à la façon négligente et non professionnelle avec laquelle ils auraient accompli la tâche qui leur était confiée.

J'élimine donc du tableau toute possibilité qu'il s'agirait d'une action en dommages fondée sur un délit n'ayant aucune relation avec la qualité *professionnelle* des appelants, au sens précis de ce qualificatif. J'estime que ce premier point doit être dès maintenant élucidé, étant donné que, si les appelants avaient commis un délit à titre personnel, je ne tiendrais pas le même langage que celui qui va suivre.

Le juge LeBel ajoute à la p. 394:

Pour conclure à la recevabilité de l'action, il faudrait trouver des éléments qui allèguent plus que la négligence ou la faute professionnelle. Même dans le paragraphe 15 de la déclaration, auquel j'ai référé plus haut, en dépit d'une formulation ambiguë, je ne retrouve pas d'allégation qui permettrait de conclure à la responsabilité personnelle des appelants.

Sur la qualification de la fonction des intimés aux termes des conventions ci-dessus, le juge Chevalier prononce ainsi à la p. 389:

Cela étant dit, l'examen du texte de l'article 2.01 de la convention du 17 décembre 1982, auquel s'est ajouté celui de la lettre datée du même jour et adressée par CCM à R.A.D. et à Maska, me convainc que les parties ont entendu se soumettre, quant à l'évaluation des marchandises, à un arbitrage conformément aux articles 940 et suivants du Code de procédure.

Après avoir dégagé du texte des conventions en question les critères qui lui paraissent militer en faveur de l'arbitrage, le juge Chevalier conclut à la p. 391:

[TRANSLATION] In my view, it is impossible to give the last part of clause 2.01 or the wording of the letter from CCM to Maska and R.A.D. any meaning other than that of an intention to submit to the arbitration of a third party, in this case appellants, any issue that might arise between on the one hand, the direct seller R.A.D. and the original seller CCM, which were both interested in setting as high a price as possible, and Maska on the other hand, which undoubtedly wanted to get the lowest possible price.

LeBel J.A. said the following on this point at pp. 392-93:

[TRANSLATION] The wording of the contracts and the documents alleged in support of the proceedings contain obscurities which make it difficult to categorize appellants' function in legal terms. However, Chevalier J.'s analysis indicates that this was not a mandate given to an expert to provide a simple valuation.

There was the possibility of a dispute. A procedure for avoiding litigation was agreed on and it was binding on the parties. The contracts—in particular Exhibit P-1, the contract concluded between Sport Maska Inc. and Gestion R.A.D. Inc.—do not support the contention that appellants were simply asked for a technical opinion on the methods of valuing inventories. According to the argument put forward by respondent, in the event that appellants disagreed with the valuation this would not be fixed but would result in another negotiation between the parties. However, I conclude from the handwritten notes attached to clause 2.01 and incorporated in it that Zitrter could either confirm the valuation or suggest an alteration or adjustment. In that case, when the opinion was issued the value of the inventory was regarded as having been finally determined for all practical purposes, either in the amount paid by CCM Inc. or in the amount resulting from the adjustments determined by Zitrter. Moreover, the pleadings of respondent confirm the way in which it regarded the functions of appellants. This view can be found in paragraph 15 of the declaration, where respondent charged that appellants had broken certain obligations although they had “*agreed to be arbitrators*”. See A.F., p. 36.

Appellants resolved the issue before them and the record contains the essential components of a valid undertaking to arbitrate, an undertaking which does not

À mon avis, il est impossible de donner, à la dernière partie de l'article 2.01 de même qu'au texte de la lettre de CCM à Maska et à R.A.D., un sens autre que celui d'une volonté de faire arbitrer par un tiers, en l'occurrence les appelants, le différend potentiel qui pourrait opposer, d'une part, le vendeur direct R.A.D. et le vendeur d'origine CCM, tous deux intéressés à fixer le plus haut prix possible, et, d'autre part, Maska qui voulait sûrement s'en tirer au meilleur marché.

Sur ce point, le juge LeBel s'exprime ainsi aux pp. 392 et 393:

La rédaction des contrats et des actes allégués au soutien des procédures comporte des obscurités qui ne rendent pas facile la qualification juridique de la fonction des appelants. Cependant, l'analyse de monsieur le juge Chevalier démontre que l'on ne se trouvait pas devant un mandat d'expert chargé de donner une simple évaluation.

On se trouvait devant un litige possible. On a déterminé une procédure d'extinction et celle-ci liait les parties. Les contrats et spécialement la pièce P-1, soit le contrat intervenu entre Sport Maska Inc. et Gestion RAD Inc. ne soutiennent pas la prétention voulant qu'on avait demandé aux appelants un simple avis technique sur les méthodes d'évaluation des inventaires. Selon la thèse soutenue par l'intimée, en cas de désaccord des appelants avec l'évaluation, celle-ci n'aurait pas été fixée mais aurait conduit à une nouvelle négociation entre les parties. Des annotations manuscrites annexées à la clause 2.01 et intégrées à celle-ci, je retiens plutôt que Zitrter pouvait, soit confirmer l'évaluation ou proposer une modification ou un rajustement. En ce cas, sur livraison de l'opinion la valeur de l'inventaire était considérée comme fixée définitivement à tout point de vue, soit au montant dépensé par CCM Inc. soit au montant résultant des ajustements déterminés par Zitrter. Les procédures de l'intimée confirment d'ailleurs la nature qu'elle reconnaît aux fonctions des appelants. Cette reconnaissance se retrouve au paragraphe 15 de la déclaration où l'intimée reproche aux appelants la violation de certaines obligations bien qu'ils aient “*accepté le rôle d'arbitres*”. Voir m.a., p. 36.

Les appelants ont tranché la question dont ils avaient à disposer et on retrouve dans le dossier les éléments essentiels d'une clause compromissoire valide, clause qui

have to be formulated or stated in ritual language⁶. Though privately appointed, appellants as arbitrators were still judges and not simply mandataries of the parties⁷.

⁶ *Zodiac International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] R.D.J. 277, at p. 287, Chouinard J., Supreme Court of Canada.

⁷ Henri Vizioz and Pierre Raynaud. "Jurisprudence française en matière de procédure civile", (1947) 45 *Rev. trim. dr. civ.* 220 and E. Glasson, Albert Tissier and René Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., Tome 5, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936, pp. 352-54, No. 1821.

Finally, as the Court found that respondents were acting as arbitrators, the question of their immunity was raised and was developed further by LeBel J.A. at p. 393:

[TRANSLATION] As such an arbitrator, who is called on to settle or prevent a dispute, is given certain immunities. These are governed by the rules of public and not private law because of the similarity of arbitration to the judicial function, even when the conclusion of a submission to arbitration is contained in a private contract, when the law does not require recourse to this method of settling disputes. In the absence of fraud or bad faith, an arbitrator enjoys the immunity from civil liability suggested for him by counsel. A majority of the House of Lords again recently came to this conclusion in *Arenson*, cited above. Lord Morris of Borth-y-Gest had stated the same opinion some years earlier in *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] A.C. 727, at p. 744:

I think it must now be accepted that an action will not lie against an arbitrator for want of skill or negligence in making his award.

Discussing the liability of a lower court, the Supreme Court made the same distinction between the jurisdiction and the immunity of the members of a disciplinary board. It held that the members of a disciplinary board could arrive at an unlawful decision which was incorrect in law, without it giving rise in itself to an action for damages against the Alberta Bar or its directors.

III—Procedure

It is important to note that the Superior Court judge was dealing here with a declinatory excep-

n'a pas à être conçue ou rédigée dans des termes sacramentels⁶. Même désignés privément, les appelants comme arbitres demeuraient des juges et non des simples mandataires des parties⁷.

⁶ *Zodiac International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] R.D.J. 277, 287, M. le juge Chouinard, Cour suprême du Canada.

⁷ Henri Vizioz et Pierre Raynaud. «Jurisprudence française en matière de procédure civile», (1947) 45 *Rev. trim. dr. civ.* 220 et E. Glasson; Albert Tissier et René Morel. *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*. 3^e éd. Tome 5. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936, Pp. 352-354, n° 1821.

^c Finalement, ayant jugé que les intimés agissaient à titre d'arbitres, s'est posée la question de l'immunité que le juge LeBel développe plus à fond à la p. 393:

^d À ce titre, chargé de régler ou de prévenir un litige, l'arbitre doit bénéficier de certaines immunités. Celles-ci relèvent des règles du droit public et non du droit privé, en raison du rattachement de l'arbitrage à la fonction judiciaire même lorsque la conclusion du compromis d'arbitrage relève de contrats privés, sans que la loi n'impose le recours à ce mode de règlement des litiges. En l'absence de fraude ou de mauvaise foi, l'arbitre bénéficie d'une immunité à l'égard de la responsabilité civile que voudraient lui imputer les plaideurs. Récemment encore, cette conclusion demeurait celle de la majorité de la Chambre des lords dans l'affaire *Arenson* citée précédemment. Lord Morris of Borth-y-Gest exprimait cette même opinion quelques années plus tôt dans l'arrêt *Sutcliffe c. Thackrah*, [1974] A.C. 727, à la p. 744:

^g [TRADUCTION] Je crois qu'il faut maintenant accepter qu'il n'y a pas lieu à action contre un arbitre pour incompétence ou négligence dans le prononcé de sa sentence arbitrale.

^h Traitant de la responsabilité d'un tribunal inférieur, la Cour suprême avait fait la même distinction entre la juridiction et l'immunité des membres d'un comité de discipline. Elle décidait que des membres d'un comité de discipline pouvaient avoir rendu une décision illégale et erronée en droit, sans que cela donne, de soi, ouverture à un recours en dommages contre le Barreau de l'Alberta ou ses administrateurs.

III—La procédure

^j Il importe de souligner que le juge de la Cour supérieure était saisi d'une exception declinatoire

tion brought by respondents against the appellant's action. As LeBel J.A. pointed out, this motion [TRANSLATION] "is equally an exception to dismiss" covered by art. 165(4) C.C.P.:

165. The defendant may ask for the dismissal of the action if:

4. The suit is unfounded in law, even if the facts alleged are true.

At this stage *in limine litis*, the facts alleged must be taken as proven.

As appears from the motion, this exception is based solely on respondents' argument that they were acting in this matter as arbitrators and, as such, in view of the nature of the action brought by appellant, they were covered by immunity while in the course of their duties. Accordingly, the decision as to the nature of respondents' function must, I think, be dealt with at the outset. If respondents were not acting as arbitrators, they cannot enjoy any immunity and a decision as to the nature of the action brought by appellant would at this stage become moot.

IV—Arbitration

1—Applicable Legislation

The agreements underlying this matter are dated December 17, 1982 and respondents' "valuation letter" January 20, 1983. At that time Book VII of the 1965 *Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25 (formerly S.Q. 1965, c. 80), contained provisions on arbitration (arts. 940 to 951). These provisions have since then been extensively revised: *An Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration*, S.Q. 1986, c. 73, arts. 1 and 2. Provisions on arbitration have been inserted in the *Civil Code* on arbitration (arts. 1926.1 to 1926.6 C.C.L.C.) and the *Code of Civil Procedure* has been substantially amended in this regard (arts. 940 to 951.2 C.C.P.) For an analysis of these amendments see Brierley, "Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage" (1987), 47 *R. du B.* 259.

Before these amendments and at the time in question, Book VII of the *Code of Civil Procedure*,

formée par les intimés à l'encontre de l'action de l'appelante. Comme le souligne le juge LeBel, cette requête «est tout autant un moyen d'irrecevabilité» qu'envisage le par. 4 de l'art. 165 C.p.c.:

165. Le défendeur peut opposer l'irrecevabilité de la demande et conclure à son rejet:

4. si la demande n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais.

À cette étape *in limine litis*, les faits allégués doivent être tenus pour avérés.

Tel qu'il appert de la requête, ce moyen est uniquement basé sur la prétention des intimés qu'ils agissaient en cette affaire en tant qu'arbitres et qu'à ce titre, ils jouissent de l'immunité dans l'exercice de leurs fonctions, compte tenu de la nature de l'action intentée par l'appelante. En conséquence, la qualification de la fonction des intimés me paraît devoir être abordée dès le principe. Si les intimés n'agissaient pas à titre d'arbitres, en effet, ils ne peuvent bénéficier d'aucune immunité et la détermination de la nature de l'action instituée par l'appelante devient académique à ce stade.

IV—L'arbitrage

1—Dispositions applicables

Les conventions à l'origine de ce litige datent du 17 décembre 1982 et la «lettre d'évaluation» des intimés du 20 janvier 1983. À cette époque, le *Code de procédure civile* de 1965, L.R.Q. 1977, chap. C-25 (auparavant S.Q. 1965, chap. 80), contenait au livre VII des dispositions relatives à l'arbitrage (art. 940 à 951). Depuis lors, ces dispositions ont fait l'objet d'une révision en profondeur: *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, chap. 73, art. 1 et 2. Au *Code civil* ont été insérées des dispositions sur l'arbitrage (art. 1926.1 à 1926.6 C.c.B.-C.) et le *Code de procédure civile* a subi des modifications substantielles à cet égard (art. 940 à 951.2 C.p.c.) Pour une analyse de ces modifications, voir Brierley, «Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage» (1987), 47 *R. du B.* 259.

Avant ces modifications et à l'époque qui nous intéresse, le livre VII du *Code de procédure civile*

entitled "Arbitration", provided that anyone could submit to an arbitration "respecting any rights of which he has the free exercise" (art. 940 *C.C.P.*) The submission had to be in writing, contain the names and capacities of the parties, appoint one or three arbitrators and state the objects in dispute (art. 941 *C.C.P.*) The arbitrators could require the parties to provide them with a statement of their arguments but nevertheless were required to hear the parties and receive their evidence in accordance with the procedure determined by themselves. Witnesses were summoned pursuant to arts. 280 to 284 and sworn (art. 943 *C.C.P.*) The rules for withdrawal applicable to arbitrators were the same as those applicable to judges (art. 946 *C.C.P.*) Arbitrators arrived at their decisions according to the rules of law, unless exempted from so doing in the submission to arbitration or unless empowered to act as mediators; the award had to be made by a majority, had to give the reasons for the decision in all cases and had to be signed by all the arbitrators (art. 948 *C.C.P.*) Every award could be homologated by the court with the reservation that the court could not enquire into the merits of the contestation (art. 950 *C.C.P.*) Article 951 dealt with the undertaking to arbitrate: the only requirements mentioned in this case were that the arbitration had to be in writing and that the parties had to execute a submission once the dispute had arisen.

2—Sources

The first *Code of Civil Procedure* of Quebec was adopted on June 28, 1867 (*An Act respecting the Code of Civil Procedure of Lower Canada*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 25), and Title Eight dealt with arbitration (arts. 1341 to 1354). When the Code was first revised in 1897 (*An Act respecting the Code of Civil Procedure of the Province of Quebec*, S.Q. 1897, c. 48), these provisions were simply renumbered (arts. 1431 to 1444) without any other amendment than a clarification in art. 1436 regarding mediators.

The chapter on arbitration in the 1965 revision of the *Code of Civil Procedure* (Book VII) which I have just noted, adopts essentially the same provisions. The only changes of importance are the omission of art. 1431, dealing with submissions, which was replaced by art. 940, and the insertion

intitulé «Des arbitrages», prévoyait que toutes personnes pouvaient compromettre «sur les droits dont elles ont la libre disposition» (art. 940 *C.p.c.*) Le compromis devait être par écrit, contenir les noms et qualités des parties, désigner un ou trois arbitres et indiquer les «objets en litige» (art. 941 *C.p.c.*) Les arbitres pouvaient exiger des parties un exposé de leurs prétentions, mais devaient, selon la procédure qu'ils déterminaient, entendre et recevoir la preuve des parties. Les témoins étaient assignés selon les art. 280 à 284 et assermentés (art. 943 *C.p.c.*) Les règles de récusation applicables aux arbitres étaient les mêmes que celles applicables aux juges (art. 946 *C.p.c.*) Les arbitres jugeaient selon les règles de droit sauf indication contraire au compromis ou encore s'ils étaient constitués amiables compositeurs; la sentence arbitrale devait être rendue à la majorité, elle devait être motivée dans tous les cas et signée par tous les arbitres (art. 948 *C.p.c.*) Toute sentence pouvait être homologuée par le tribunal sauf que celui-ci ne pouvait s'enquérir du fond de la contestation (art. 950 *C.p.c.*) L'article 951 traitait de la clause compromissoire; les seules obligations prévues dans ce cas étaient qu'elle devait être par écrit et que les parties devaient passer compromis une fois le différend né.

2—Les sources

Le premier *Code de procédure civile* du Québec, adopté le 28 juin 1867 (*Acte concernant le Code de Procédure Civile du Bas Canada*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 25), consacre son titre huitième à l'arbitrage (art. 1341 à 1354). Lors de la première refonte de ce Code en 1897 (*Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, S.Q. 1897, chap. 48) ces dispositions sont simplement renumérotées (art. 1431 à 1444) sans autre modification qu'une précision à l'art. 1436 relatif à l'amiable compositeur.

Le chapitre consacré à l'arbitrage lors de la refonte de 1965 du *Code de procédure civile* (livre VII) que je viens de rappeler, reprend dans ses grandes lignes les mêmes dispositions. Les seules modifications d'importance se résument à l'omission de l'art. 1431 qui traite du compromis, rem-

of an article dealing with the undertaking to arbitrate (art. 951).

The codifiers of 1867 were sparing in their comments: they said, regarding arbitration:

The articles concerning arbitrations reproduce the rules of our existing law, and only the last one requires to be noticed.

The codifiers are here referring to art. 1354, which permitted an appeal from an arbitral award only where a penalty was stipulated in the submission.

However, the draft *Code of Civil Procedure* and the version reproduced in Doutré, *Les lois de la procédure civile* (1867), refer to the sources relied on by the codifiers, who referred to them under each article. Articles 1341 to 1354 of the 1867 Code refer to French sources, namely Pothier, Couchot, Bonnin, Bonnier and in particular the French *Code de procédure civile* of 1806. The substance of arts. 1003 to 1028 of the 1806 Code was reproduced in our 1867 Code, some articles even being reproduced word for word. The 1806 French Code is itself derived from old French law. In his *Traité de la procédure civile (Oeuvres de Pothier, vol. 9, 1824)*, at pp. 122-23, Pothier refers to the Edict of August 1560 and the Ordinance of 1667.

Brierley writes that [TRANSLATION] "... from a historical standpoint, the source of arbitration law in Quebec is old French law as adopted in Quebec before the codification of the laws relating to civil procedure in 1867 . . ." (Brierley, *loc. cit.*, at p. 263; see also: Ferland, *L'arbitrage conventionnel* (1983), at p. 28; Johnson, *The Clause Compromissoire: Its Validity in Quebec* (1945), at p. 82).

The Quebec Court of Appeal approved this opinion when it referred to old French law in interpreting art. 950 of the 1965 Code in a question involving the homologation of an arbitration award, in *Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilote Inc.*, [1983] R.D.J. 583, at pp. 590-92.

placé par l'art. 940, et l'insertion d'un article traitant de la clause compromissoire (art. 951).

Les codificateurs de 1867 se sont montrés avares de commentaires en affirmant à propos de l'arbitrage:

Les articles, concernant les arbitrages, reproduisent les règles de notre droit, et le dernier seul exige quelques observations.

Les codificateurs réfèrent ici à l'art. 1354 qui permettait l'appel de la sentence arbitrale dans le seul cas où le compromis comportait une stipulation de pénalité.

Pendant, le projet de *Code de procédure civile* de même que la version reproduite dans Doutré, *Les lois de la procédure civile* (1867), réfèrent aux sources auxquelles ont puisé les codificateurs, qui les ont indiquées sous chaque article. Or les articles 1341 à 1354 du Code de 1867 renvoient à des sources françaises soit Pothier, Couchot, Bonnin, Bonnier et surtout au *Code de procédure civile* français de 1806. La substance des art. 1003 à 1028 de ce Code de 1806 a été reproduite à notre Code de 1867, quelques articles y étant même reproduits textuellement. Le Code français de 1806 lui-même prend ses sources dans l'ancien droit français. Pothier, dans son *Traité de la procédure civile (Oeuvres de Pothier, t. 9, 1824)*, aux pp. 122 et 123, se réfère à l'Édit du mois d'août 1560 et à l'Ordonnance de 1667.

Brierley écrit que «... dans une perspective historique, la source de la loi d'arbitrage au Québec est l'ancien droit français tel qu'il fut adopté au Québec avant la codification complétée en 1867 des lois relevant de la procédure civile . . .» (Brierley, *loc. cit.*, à la p. 263; voir également: Ferland, *L'arbitrage conventionnel* (1983), à la p. 28; Johnson, *The Clause Compromissoire: Its Validity in Quebec* (1945), à la p. 82).

La Cour d'appel du Québec a entériné ce point de vue lorsqu'elle s'est référée à l'ancien droit français afin d'interpréter l'art. 950 du Code de 1965 en matière d'homologation de sentence arbitrale dans l'arrêt *Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilote Inc.*, [1983] R.D.J. 583, aux pp. 590 à 592.

3—Definitions

Neither in French law, in the 1806 *Code de procédure civile* or earlier, nor in the 1867 Quebec *Code of Civil Procedure* or in its subsequent revisions, is there a definition of the word “arbitration”, except for the 1986 amendments made to the *Civil Code of Lower Canada*. However, the 1867 Quebec *Code of Civil Procedure*, which differs in this respect from the French *Code de procédure civile* of 1806, contains a definition of submission:

1341. Submission is an act by which persons, in order to prevent or put an end to a lawsuit, agree to abide by the decision of one or more arbitrators whom they agree upon.

1341. Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent.

This article, renumbered 1431, was reproduced without any change in the 1897 revision. The commissioners explained why this definition was omitted in the subsequent 1965 revision:

The definition of the submission given by article 1431 of the present Code is useless; moreover, if it were considered necessary, it should be found in the Civil Code. It is, however, necessary to set out in the Code of Civil Procedure the case where the submission is possible as it is there a question of means of resolving a dispute without having recourse to the Courts. Article 940 is, in this sense, new law.

This comment is self-explanatory and also explains the absence of a definition of the various procedures for settling disputes in the *Civil Code* or the *Code of Civil Procedure*. In our civil law system, the parties' agreement is law provided they have the capacity to contract and are not acting contrary to good morals and public order. In solving a difficulty, difference or dispute the parties have a choice of means: an expert opinion, an appraisal, conciliation, mediation, transaction, arbitration or any other form of intervention designed to resolve or to try to resolve the problem confronting them. In each case the parties have probably tried to find a final solution. The legislator has recognized this contractual freedom, subject to the reservation that as is true throughout our law the parties in either case remain free to

3—Les définitions

Ni en droit français, au *Code de procédure civile* de 1806 ou avant, ni au *Code de procédure civile* du Québec de 1867 ou dans ses refontes subséquentes ne trouve-t-on de définition du terme «arbitrage», à l'exception des modifications de 1986 apportées au *Code civil du Bas-Canada*. Toutefois, différant en cela du *Code de procédure civile* français de 1806, le *Code de procédure civile* du Québec de 1867 contient une définition du compromis:

1341. Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent.

1341. Submission is an act by which persons, in order to prevent or put an end to a lawsuit, agree to abide by the decision of one or more arbitrators whom they agree upon.

Cet article, renuméroté 1431, a été reproduit textuellement lors de la refonte de 1897. Si cette définition a été omise lors de la refonte subséquentes de 1965, les commissaires s'en expliquent:

La définition du compromis, que donne l'article 1431 actuel, est inutile; d'ailleurs, si elle était jugée nécessaire, elle devrait se trouver au code civil. Il est toutefois nécessaire de préciser dans le code de procédure le cas où le compromis est possible, puisqu'il s'agit là d'un moyen de résoudre un litige sans avoir recours aux tribunaux. L'article 940 du projet est en ce sens de droit nouveau.

Ce commentaire s'explique facilement et explique en même temps l'absence de définition des divers modes de règlement des différends au *Code civil* ou au *Code de procédure civile*. Dans notre régime de droit civil, sous réserve de ce qui est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, pourvu que les parties aient la capacité de contracter, la convention des parties fait loi. En ce qui a trait à la solution d'une difficulté ou d'un différend, les parties ont le choix des moyens: expertise, évaluation, conciliation, médiation, transaction, arbitrage ou toute autre forme d'intervention de nature à tenter de régler ou à régler le problème qui les confronte. Dans chaque cas, les parties ont probablement recherché une solution définitive. Le législateur a respecté cette liberté des conventions sous réserve cependant que, conformément à toute

seek or not to seek a final settlement of the matter in the courts. Our system of law has only very reluctantly allowed the parties to agree to rule out such recourse to the courts. The decision of this Court in *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529, was necessary to give this status to the "complete" undertaking to arbitrate. It is in this context that provisions on arbitration must be seen. As the legislator had no reason to define the various procedures for settling disputes between litigants, he also had no clear interest in regulating the process for resolving such conflicts, and this gave the system chosen great flexibility. The legislator left these various procedures for settling disputes to be resolved freely by litigants when recourse to the courts was still possible. If judicial intervention was ruled out, however, the legislator had to ensure that the process would guarantee litigants the same measure of justice as that provided by the courts, and for this reason, rules of procedure were developed to ensure that the arbitrator is impartial and that the rules of fundamental justice, such as the *audi alteram partem* rule, are observed. The arbitrator will make an award which becomes executory by homologation. This indicates the similarity between the arbitrator's real function and that of a judge who has to decide a case. This judge, freely chosen by the parties, is subject to procedural constraints that cannot be applied to other forms of intervention, such as an expert who does not have to settle an issue as a judge would or render a decision as the courts generally do. Once the expert's opinion has been given, the parties can still go to court unless they have clearly otherwise agreed.

From this standpoint a definition of the submission is not absolutely necessary, since it is virtually axiomatic that an arbitrator cannot settle a dispute, which is his function, if no dispute exists: the arbitration would then be pointless.

l'économie de notre droit, les parties dans un cas comme dans l'autre, demeurent libres d'avoir ou non recours aux tribunaux pour trancher définitivement l'affaire. Ce n'est qu'avec une extrême réticence que notre droit a accepté que les parties puissent convenir d'écarter ce recours aux tribunaux. Il a fallu l'arrêt *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, pour conférer ce résultat à la clause compromissoire dite «parfaite». C'est dans ce contexte qu'il faut situer les dispositions relatives à l'arbitrage. Si le législateur n'avait pas de raison de définir les divers modes de règlement des conflits opposant les justiciables, il n'avait pas non plus un intérêt évident à réglementer le processus de résolution de ces conflits ce qui assurait une grande souplesse au régime choisi. En effet, le législateur laissait ces divers modes de règlement au libre arbitre des justiciables lorsque le recours aux tribunaux demeurait toujours possible. Si cette intervention judiciaire devait être écartée, toutefois, le législateur devait s'assurer que le processus garantirait aux justiciables la même mesure de justice que celle distribuée par les tribunaux, d'où l'élaboration des règles de procédure destinées à assurer l'impartialité de l'arbitre et le respect des règles de justice fondamentale telle la règle *audi alteram partem*. L'arbitre rendra une sentence qui deviendra exécutoire par voie d'homologation. C'est là qu'on voit que le véritable rôle de l'arbitre est assimilable à celui d'un juge chargé de trancher un différend. Ce juge que les parties ont librement choisi est astreint à des contraintes procédurales que l'on n'exigera pas d'autres intervenants, tel l'expert qui ne sera pas chargé de trancher un différend comme le serait un juge ni de rendre une décision suivant le mode habituel aux tribunaux. Une fois l'expertise terminée, les parties pourront toujours avoir recours aux tribunaux à moins qu'elles n'en aient autrement clairement convenu.

Dans cette optique, la définition du compromis n'était pas absolument nécessaire puisque, c'est presque une vérité de La Palice, on ne saurait trancher un différend, fonction de l'arbitre, s'il n'existe pas de différend: l'arbitrage deviendrait alors sans objet.

The purpose of the articles regarding the submission was therefore really to identify the dispute, the subject of the arbitration, and to indicate the function of the arbitrator or arbitrators regarding this dispute.

The adoption of an amendment to the *Civil Code* in 1986, inserting art. 1926.1, accompanied by amendments to the *Code of Civil Procedure* at the same time under the heading of arbitration (arts. 940 to 951.2) did not, in my opinion, alter the state of the law on the matter, but rather merely added to the rules of procedure by clarifying them and included the undertaking to arbitrate and the submission in a single definition of the "arbitration agreement":

1926.1 An arbitration agreement is a contract by which the parties undertake to submit a present or future dispute to decision by one or more arbitrators to the exclusion of the courts.

It might be thought that, in so doing, the legislator intended to merge the "submission" and the "undertaking to arbitrate" into a single concept. That is not the case. In my opinion, the distinction remains: the existing dispute refers to the submission and the potential dispute to the undertaking to arbitrate, both of which were and remain the components of the arbitration agreement. The only change I can see is to the mechanism for setting the arbitration in motion, that is the notice mentioned in art. 944 *C.C.P.*, which was also adopted at the time of the 1986 amendments:

944. A party intending to submit a dispute to arbitration must notify the other party of his intention, specifying the matter in dispute.

The arbitration proceedings commence on the date of service of the notice.

If the obligation to make a submission under the undertaking to arbitrate is thereby reduced, the notice contained in art. 944 *C.C.P.* performs the function of the submission as defined in art. 1341 of the 1867 *Code of Civil Procedure*: the notice must describe the dispute, which at this point is necessarily an existing dispute, and set out the parameters of the dispute for arbitration. As these amendments were not in effect when the dispute at bar arose, I do not think any further analysis is necessary.

Le but des articles concernant le compromis était donc plutôt d'identifier le différend, objet de l'arbitrage, et de préciser le rôle de l'arbitre ou des arbitres à l'égard de ce différend.

L'adoption en 1986 d'une modification au *Code civil* pour y insérer l'art. 1926.1, complétée par des modifications apportées au *Code de procédure civile* à la même époque au chapitre de l'arbitrage (art. 940 à 951.2) n'a pas à mon avis modifié l'état du droit en la matière mais simplement ajouté aux règles de procédure en les précisant et englobé dans une seule définition de la «convention d'arbitrage» la clause compromissoire et le compromis:

1926.1 La convention d'arbitrage est un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

On pourrait croire que, ce faisant, le législateur a voulu fondre en un seul concept ces deux conventions distinctes que sont le «compromis» et la «clause compromissoire». À mon avis, tel n'est pas le cas, la distinction demeure: le différend né se référant au compromis et le différend éventuel à la clause compromissoire qui tous deux étaient et demeurent les composantes de la convention d'arbitrage. La seule modification que j'y vois concerne plutôt le mécanisme de mise en œuvre de l'arbitrage, soit l'avis prévu à l'art. 944 *C.p.c.* aussi adopté lors des modifications de 1986:

944. La partie qui entend soumettre un différend à l'arbitrage doit en donner avis à l'autre partie, en y précisant l'objet du différend.

La procédure arbitrale débute à la date de la signification de cet avis.

Si l'obligation de passer compromis suite à une clause compromissoire s'en trouve réduite d'autant, l'avis prévu à l'art. 944 *C.p.c.* fait office de ce compromis tel que défini à l'art. 1341 du *Code de procédure civile* de 1867: l'avis doit faire état du différend, qui à ce moment doit nécessairement être né, et préciser les paramètres du débat soumis à l'arbitre. Comme, lors du litige qui nous concerne ces modifications n'étaient pas en vigueur, je ne crois pas nécessaire d'élaborer plus avant.

It must be assumed here that at the time of the 1965 revision the legislator did not abandon the legislative policy underlying both the definition of the submission and the rules on arbitration at the time the Code was enacted in 1867, as is indeed indicated by the adoption, almost without change, of the provisions on arbitration in that 1867 Code.

Article 940 of the 1965 Code simply indicates where the submission is possible:

940. Any person may enter into a submission to arbitration respecting any rights of which he has the free exercise.

However, no one may enter into a submission respecting alimentary gifts or legacies, separations between consorts or questions which concern either public order or the status or capacity of persons.

Article 951, also added in the 1965 revision, mentions the undertaking to arbitrate for the first time:

951. An undertaking to arbitrate must be set out in writing.

When the dispute contemplated has arisen, the parties must execute a submission. If one of them refuses, and does not appoint an arbitrator, a judge of the court having jurisdiction makes such appointment and states the objects in dispute, unless the agreement itself otherwise provides.

I wish to embark on a short but relevant digression to note that the French version of this new article introduces the term "*différend*". The 1986 amendments to the *Civil Code* (art. 1926.1) and *Code of Civil Procedure* (arts. 940 to 951.2) also use the term "*différend*" instead of "*litige*".

In the context of arbitration, two meanings can be given to the term "*litige*". In its first sense, "*litige*" means "lawsuit" (*poursuite civile*). Article 1341 of the 1867 Code states that "Submission is an act by which persons, in order to prevent or put an end to a lawsuit, agree to abide by the decision of one or more arbitrators whom they agree upon". In its second sense, the term "*litige*" refers more generally to any dispute. Considering art. 951 *C.C.P.* and the 1986 amendments consistent therewith, I think it is preferable to use in the French version the term "*différend*" instead of "*litige*" when necessary to differentiate arbitra-

On doit ici prendre pour acquis que lors de la refonte de 1965, le législateur ne s'est pas départi de la politique législative qui avait inspiré tant la définition du compromis que les règles relatives à l'arbitrage au moment de la proclamation du Code de 1867, comme en fait foi d'ailleurs l'adoption presque sans y déroger des dispositions relatives à l'arbitrage de ce Code de 1867.

L'article 940 du Code de 1965 précise uniquement le cas où le compromis est possible:

940. Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.

On ne peut toutefois compromettre sur les dons et legs d'aliments, sur les séparations d'entre époux, ni sur les questions qui concernent soit l'ordre public, soit l'état ou la capacité des personnes.

L'article 951, aussi ajouté lors de la refonte de 1965, fait pour la première fois mention de la clause compromissoire:

951. La clause compromissoire doit être constatée par écrit.

Lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis. Si l'une d'elles s'y refuse, et ne nomme pas d'arbitre, il est procédé à cette nomination et à la désignation des objets en litige par un juge du tribunal compétent, à moins que la convention elle-même n'en ait décidé autrement.

J'ouvre ici une parenthèse pour noter que ce nouvel article introduit le terme «différend». Les modifications de 1986 au *Code civil* (art. 1926.1) et au *Code de procédure civile* (art. 940 à 951.2) reprennent d'ailleurs le terme «différend» aux lieu et place de «litige».

Dans le contexte de l'arbitrage, le terme «litige» peut s'entendre de deux façons. Dans son sens premier, «litige» signifie «poursuite civile» (*lawsuit*). C'est ainsi que l'art. 1341 du Code de 1867 énonce que «Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige [*lawsuit*] ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent». Dans un deuxième sens, le terme «litige» peut s'entendre plus généralement de tout différend. Compte tenu de l'art. 951 *C.p.c.*, dans la lignée duquel s'inscrivent les modifications de 1986, il m'a semblé préférable d'utiliser ici le

tion from expertise in order to avoid any ambiguity.

Though article 951 was the subject of academic and judicial dispute for many years, the commissioners only commented on it briefly:

Articles 945, 947 and 951 contain provisions that one does not find in the present Code but which are self-explanatory.

Though the French *Code de procédure civile* of 1806 and our 1867 *Code of Civil Procedure* do not mention the undertaking to arbitrate, that does not mean it was unknown to our law before the 1965 revision any more than to French law. It was in fact regarded as a natural extension of the submission, though the validity of the complete undertaking to arbitrate was not recognized at that time. The addition of art. 951 *C.C.P.* thus only filled this gap and officially recognized the existence of the undertaking to arbitrate in Quebec law, without thereby altering the rules applicable at the time to the submission and to arbitration.

Before proceeding further, it is perhaps best to explain the concepts of submission and of undertaking to arbitrate.

Based on the definition of the submission in the 1867 *Code of Civil Procedure*, applicable to the 1965 revision and so in effect at the time the agreement was concluded between the parties, and in light of art. 951 *C.C.P.*, introduced in the 1965 revision, it can be said that the undertaking to arbitrate applies to a potential dispute which, if it occurs, will require a submission. When the submission has been made, we can speak of arbitration. There is thus no arbitration without an existing dispute. This is what Chouinard J. said in *Zodiak, supra*, at p. 534:

A submission applies only to existing disputes, while an undertaking to arbitrate also extends to future disputes.

I will return to this aspect of the matter in considering one of respondents' arguments about the undertaking to arbitrate. For the moment, I must look instead at the criteria for distinguishing

terme «différend» de préférence à «litige» lorsqu'il s'agit de différencier l'arbitrage de l'expertise afin d'éviter toute ambiguïté.

Malgré que cet art. 951 ait été à l'origine de controverses doctrinales et jurisprudentielles pendant nombre d'années, il n'a fait l'objet que de ce laconique commentaire des Commissaires:

Les articles 945, 947 et 951 contiennent des dispositions qu'on ne trouve pas dans le Code, mais qui s'expliquent d'elles-mêmes.

Si le *Code de procédure civile* français de 1806 tout comme notre *Code de procédure civile* de 1867 sont silencieux quant à la clause compromissoire, celle-ci n'était pas pour autant une inconnue dans notre droit avant la refonte de 1965, non plus qu'en droit français. On la considérait plutôt comme une extension naturelle du compromis quoique la validité de la clause compromissoire dite «parfaite» ne fût pas alors reconnue. L'ajout de l'art. 951 *C.p.c.* ne vient donc que combler ce vide et concrétiser l'existence en droit québécois de la clause compromissoire, sans toutefois pour autant modifier les règles alors applicables au compromis et à l'arbitrage.

Il est peut-être utile dès à présent d'explicitier ces deux notions de compromis et de clause compromissoire.

À partir de la définition du compromis au *Code de procédure civile* de 1867, applicable à la refonte de 1965 et donc en vigueur à l'époque où la convention est intervenue entre les parties, ainsi qu'au regard de l'art. 951 *C.p.c.* introduit lors de la refonte de 1965, on peut affirmer que la clause compromissoire vise un différend éventuel qui, s'il se concrétise, obligera au compromis. Le compromis intervenu, on pourra parler d'arbitrage. Donc, pas d'arbitrage sans différend né. C'est ce qu'affirmait le juge Chouinard dans l'arrêt *Zodiak*, précité, à la p. 534:

Le compromis ne vise que les litiges nés tandis que la clause compromissoire vise aussi les litiges futurs.

Je reviendrai sur cet aspect du litige lors de l'examen d'un des arguments des intimés relatif à la clause compromissoire. Pour le moment, il y a plutôt lieu de s'attarder aux critères de distinction

between arbitration and the collateral or related concept of the expert opinion. A review of the state of the law on this point in other jurisdictions can often clarify the fine points of either system. In view of the sources of our law on arbitration, which comes to us from old French law, such an exercise can only serve as a point of comparison. The parties themselves asked the Court to undertake it and referred it to an imposing list of academic and judicial common law authorities, from which, in their submission, the applicable distinguishing criteria may be derived.

4—Common Law, Canadian and English Law

The common law has in fact developed two concepts which it regards as characteristic of arbitration: the existence of a dispute and the duty or intent of the parties, as the case may be, to submit that dispute to arbitration.

The very earliest authorities on the point required a dispute to exist if there was to be an arbitration. In *Collins v. Collins* (1858), 26 Beav. 306, 53 E.R. 916, the parties concluded a contract to sell a brewery and plant, the price to be set by valuation. The valuation clause provided that each party would appoint a representative, and that these representatives might in turn appoint a third person to make a valuation. As each party's representatives could not agree on the choice of a third party as an appraiser, one of the parties brought an action to have the Chancery Court appoint the third party. This procedure was authorized under s. 12 of the *Common Law Procedure Act, 1854* (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, provided it was a case of arbitration. The Court accordingly had to determine whether the valuation clause created an arbitration, thereby allowing it to appoint a third party arbitrator.

Sir John Romilly, M.R., held that an arbitration required an existing dispute. He explained, at p. 918:

An arbitration is a reference to the decision of one or more persons, either with or without an umpire, of some matter or matters in difference between the parties. It is very true that in one sense it must be implied that although there is no existing difference, still that a difference may arise between the parties; yet I think the

entre l'arbitrage et cette notion voisine ou connexe qu'est l'expertise. Un tour d'horizon sur l'état du droit en la matière dans d'autres juridictions a souvent l'avantage de permettre de mieux saisir les nuances d'un système à l'autre. Compte tenu des sources de notre droit en matière d'arbitrage qui nous viennent de l'ancien droit français, cet exercice ne peut que servir de point de comparaison. Les parties elles-mêmes nous y ont invité et nous ont référé à une abondante doctrine et jurisprudence de *common law* qui, selon elles, sont susceptibles de dégager les critères distinctifs pertinents.

4—Common law, droit canadien et anglais

La *common law* a effectivement dégagé deux notions qu'elle a jugées caractéristiques de l'arbitrage: l'existence d'un différend et l'obligation ou l'intention des parties, selon le cas, de soumettre ce différend à l'arbitrage.

Les toutes premières autorités en la matière ont exigé qu'il existe un différend pour qu'il y ait arbitrage. Dans *Collins v. Collins* (1858), 26 Beav. 306, 53 E.R. 916, les parties avaient conclu un contrat de vente d'une brasserie et d'une usine, le prix devant être fixé par évaluation. La clause d'évaluation prévoyait que chaque partie devait nommer un représentant et que ceux-ci devaient à leur tour nommer une troisième personne pour procéder à l'évaluation. Les représentants de chaque partie ne pouvant s'entendre sur le choix d'un tiers évaluateur, une des parties intenta une action en justice afin que ce tiers soit nommé par la Cour de chancellerie. Cette procédure était permise en vertu de l'art. 12 du *Common Law Procedure Act, 1854* (R.-U.), 17 & 18 Vict., chap. 125, pourvu qu'il s'agisse d'un arbitrage. La Cour devait donc déterminer si la clause d'évaluation constituait un arbitrage lui permettant ainsi de nommer un tiers arbitre.

Le maître des rôles, sir John Romilly, a décidé que l'arbitrage nécessitait l'existence d'une dispute née. Il explique à la p. 918:

[TRADUCTION] Un arbitrage consiste à soumettre à la décision d'au moins une personne, avec ou sans arbitre, un seul ou plusieurs différends entre les parties. Il est bien vrai que dans un sens, il faut présumer que bien qu'il n'y ait aucun différend réel, il peut toujours en survenir un entre les parties; toutefois je crois que la

distinction between an existing difference and one which may arise is a material one, and one which has been properly relied upon in the case. If nothing has been said respecting the price by the vendor and purchaser between themselves, it can hardly be said that there is any difference between them. It might be that if the purchaser knew the price required by the seller, there would be no difference, and that he would be willing to give it. It may well be that if the vendor knew the price which the purchaser would give, there would be no difference, and that he would accept it. It may well be that the decision of a particular valuer appointed might fix the price and might be equally satisfactory to both; so that it can hardly be said that there is a difference between them. [Emphasis added.]

This criterion was also used in the following cases: *Scott v. Corporation of Liverpool* (1858), 3 De G. & J. 334, 44 E.R. 1297 (Chelmsford L.C., at p. 1310); *Bos v. Helsham* (1866), L.R. 2 Ex. 72 (Kelly C.B., at pp. 78-79); *Re Hopper* (1867), L.R. 2 Q.B. 367 (Cockburn C.J., at pp. 372-73, and Blackburn J., at pp. 376-77); *Re Carus-Wilson and Greene* (1886), 18 Q.B.D. 7 (C.A.) (Lord Esher, M.R., at p. 9).

The Court of Appeal appears to have abandoned this criterion in *Chambers v. Goldthorpe*, [1901] 1 Q.B. 624. In that case, an architect had to produce interim certificates indicating the progress of work done on the building of a house so that the owner could make partial payments to the builder as work progressed. The owner sued the architect for negligence in performing his function. The issue turned on whether the architect was acting as an arbitrator, in which case he would benefit from immunity against civil suit.

In upholding the architect's immunity Smith, M.R., for the majority, said the following at p. 635:

It was argued that there was no dispute between the parties prior to the plaintiff giving his certificate, and that, unless there was a dispute, the plaintiff could not be in the position of an arbitrator. I do not see why there should not be an arbitration to settle matters, as to

distinction qui existe entre un différend réel et celui qui peut survenir est importante; et on s'est à juste titre fondé sur celle-ci en l'espèce. Si le vendeur et l'acheteur n'ont rien dit entre eux concernant le prix, on peut difficilement prétendre qu'il existe un différend entre eux. On pourrait dire que si l'acheteur avait connu le prix exigé par le vendeur, il n'y aurait aucun différend et il aurait été prêt à le payer. Il se peut très bien que si le vendeur avait été au courant du prix que l'acheteur était prêt à payer, il n'y aurait eu aucun différend et il aurait accepté. Il se peut bien que la décision d'un évaluateur nommé puisse fixer le prix et également satisfaire les deux parties, de sorte qu'on pourrait difficilement dire qu'il y a un différend entre elles. [Je souligne.]

Ce critère fut également utilisé dans les arrêts suivants: *Scott v. Corporation of Liverpool* (1858), 3 De G. & J. 334, 44 E.R. 1297 (le lord chancelier Chelmsford, à la p. 1310); *Bos v. Helsham* (1866), L.R. 2 Ex. 72 (le baron en chef Kelly, aux pp. 78 et 79); *Re Hopper* (1867), L.R. 2 Q.B. 367 (le juge en chef Cockburn, aux pp. 372 et 373, et le juge Blackburn, aux pp. 376 et 377); *Re Carus-Wilson and Greene* (1886), 18 Q.B.D. 7 (C.A.) (le maître des rôles, lord Esher, à la p. 9).

La Cour d'appel semble avoir délaissé ce critère dans l'arrêt *Chambers v. Goldthorpe*, [1901] 1 Q.B. 624. Dans cette affaire, un architecte devait produire des certificats intérimaires attestant de l'avancement des travaux de construction d'une maison afin que le propriétaire paie des montants partiels au constructeur au fur et à mesure de leur progression. Le propriétaire poursuivit l'architecte pour négligence dans l'accomplissement de son travail. Le cœur du débat consistait à déterminer si l'architecte agissait à titre d'arbitre, lui permettant de bénéficier d'une immunité contre les poursuites en responsabilité.

En accordant l'immunité à l'architecte, le maître des rôles Smith, pour la majorité, tenait les propos suivants à la p. 635:

[TRADUCTION] On a soutenu qu'il n'y avait aucune dispute entre les parties avant que le demandeur ne donne son certificat et que, à moins qu'il n'y ait une dispute, le demandeur ne pourrait être dans la position d'un arbitre. Je ne vois pas pourquoi il ne pourrait y avoir d'arbitrage pour régler les questions à l'égard desquelles même s'il n'y avait pas de dispute réelle, il

which, even if there was no actual dispute, there would probably be a dispute unless they were so settled.

The Master of the Rolls relied on a trilogy of cases, *Pappa v. Rose* (1871), L.R. 7 C.P. 32, *Tharsis Sulphur and Copper Co. v. Loftus* (1872), L.R. 8 C.P. 1, and *Stevenson v. Watson* (1879), 4 C.P.D. 148. This line of authority had reversed earlier decisions on the arbitration/expert opinion distinction by widening the scope of arbitral status to apply to appraisers. The following experts were classified as arbitrators: a broker, an insurance adjuster and an architect.

The Court of Appeal applied the same principle in *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 K.B. 425, in deciding the status of an accountant who was required to set the value of certain shares. Despite the absence of a dispute prior to the valuation, the Court granted the accountant immunity in the absence of fraud or bad faith.

However, this line of authority was reversed by the House of Lords in the leading cases of *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] 1 All E.R. 859, and *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All E.R. 901. In *Sutcliffe* the facts were practically identical to those in *Chambers, supra*. An architect who had to issue interim certificates indicating the progress of construction work on a building was sued for liability. The Court specifically reintroduced the requirement of a present dispute as a criterion for distinguishing between arbitration and a simple expert opinion. I quote Lord Morris of Borth-Y-Gest at p. 870:

One of the features of an arbitration is that there is a dispute between two or more persons who agree that they will refer their dispute to the adjudication of some selected person whose decision on the matter they agree to accept.

See also Lord Morris of Borth-Y-Gest at p. 874 and Viscount Dilhorne at p. 880. Lord Reid and Lord Salmon expressly reversed *Chambers* at pp. 864 and 887 respectively, and therefore by implication the line of authority which had followed it. (McLaren and Palmer, *The Law and Practice of Commercial Arbitration* (1982), at p. 6.)

pourrait y en avoir une à moins que ces questions ne soient réglées.

Le Maître des rôles s'est appuyé sur la trilogie des causes *Pappa v. Rose* (1871), L.R. 7 C.P. 32, *Tharsis Sulphur and Copper Co. v. Loftus* (1872), L.R. 8 C.P. 1, et *Stevenson v. Watson* (1879), 4 C.P.D. 148. Ce courant jurisprudentiel avait renversé les décisions antérieures sur la distinction arbitrage/expertise en élargissant la portée du statut d'arbitre à nombre d'évaluateurs. En effet, on avait qualifié d'arbitres les experts suivants: un courtier, un expert en sinistre et un architecte.

La Cour d'appel appliquait le même principe dans *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 K.B. 425, en décidant du statut d'un comptable qui devait fixer la valeur de certaines actions. Malgré l'absence d'un différend antérieur à l'évaluation, la Cour accordait l'immunité au comptable en l'absence de fraude ou de mauvaise foi.

La Chambre des lords devait cependant renverser ce courant jurisprudentiel dans les arrêts de principe *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] 1 All E.R. 859, et *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All E.R. 901. Dans l'arrêt *Sutcliffe*, les faits sont pratiquement identiques à ceux de l'arrêt *Chambers*, précité. Un architecte qui devait émettre des certificats intérimaires attestant de la progression des travaux de construction d'un édifice se voit poursuivi en responsabilité. La Cour réintroduit formellement l'existence d'une dispute née comme critère de distinction entre l'arbitrage et la simple expertise. Je cite lord Morris of Borth-Y-Gest à la p. 870:

[TRADUCTION] L'une des caractéristiques de l'arbitrage est qu'il existe une dispute entre au moins deux personnes qui conviennent de la soumettre à des personnes choisies dont la décision sur la question les liera.

Voir également lord Morris of Borth-Y-Gest à la p. 874 et le vicomte Dilhorne à la p. 880. Lord Reid et lord Salmon renversent de façon expresse l'arrêt *Chambers* aux pp. 864 et 887 respectivement et donc implicitement, le courant jurisprudentiel l'ayant suivi. (McLaren et Palmer, *The Law and Practice of Commercial Arbitration* (1982), à la p. 6.)

In *Arenson, supra*, the purchase price of shares in a company was to be set by its accountant. The appellant sued the accounting expert for damages, alleging negligence in his valuation. As in *Sutcliffe* the Court of Appeal characterized the accountant as an arbitrator, thereby granting him immunity from an action based on his negligence. The House of Lords reversed the Court of Appeal and repeated the requirement of a present dispute as an essential condition for the existence of arbitration. Lord Simon said in the clearest possible terms (at p. 912):

There may well be other indicia that a valuer is acting in a judicial role, such as the reception of rival contentions or of evidence, or the giving of a reasoned judgment. But in my view the essential prerequisite for him to claim immunity as an arbitrator is that, by the time the matter is submitted for him for decision, there should be a formulated dispute between at least two parties which his decision is required to resolve. It is not enough that parties who may be affected by the decision have opposed interests—still less that the decision is on a matter which is not agreed between them. [Emphasis added.]

See also Lord Wheatley at p. 915 and Lord Salmon at p. 924; Walton, *Russell on the Law of Arbitration* (19th ed. 1979), at p. 59; Hogg, *The Law of Arbitration* (1936), at p. 8.

This criterion is also accepted in Canada (*Re Krofchick and Provincial Insurance Co.* (1978), 21 O.R. (2d) 805 (H.C.), at p. 810; *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 91 (Sask. C.A.), at p. 98; McLaren and Palmer, *op. cit.*, at p. 1).

The parties must be under an obligation to submit their dispute to arbitration. This requirement may result either from legislation or from the intention of the parties. No difficulty arise from a statutory obligation. When the arbitration procedure results from a contractual clause, however, the situation must be examined more closely. It then becomes necessary to draw the parties' intent from the relevant documents (*Sutcliffe v. Thackrah, supra*, at p. 867, *per* Lord Morris of Borth-Y-Gest; *Preload Co. of Canada Ltd. v. Regina (City of)* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 241 (Sask. C.A.), at p. 265 (Procter J.A., dissenting); *Pfeil v.*

Dans *Arenson*, précité, le prix d'achat d'actions d'une compagnie devait être fixé par le comptable de cette dernière. Alléguant négligence dans l'évaluation faite par l'expert-comptable, l'appelant a poursuivi en dommages-intérêts. Tout comme dans *Sutcliffe*, la Cour d'appel qualifiait d'arbitre le comptable, lui conférant ainsi l'immunité contre une poursuite fondée sur sa négligence. La Chambre des lords renverse la Cour d'appel et réitère l'exigence d'une dispute née comme condition essentielle à l'existence d'un arbitrage. Lord Simon l'affirme on ne peut plus clairement à la p. 912:

[TRADUCTION] Il peut très bien y avoir d'autres indices que l'expert joue un rôle judiciaire, comme le fait de recevoir des arguments rivaux ou des éléments de preuve ou de rendre une décision motivée. Toutefois, à mon avis, le pré-requis essentiel pour qu'il puisse réclamer l'immunité à titre d'arbitre est que, au moment où l'affaire lui est présentée pour qu'il rende une décision, il devrait y avoir une dispute née entre au moins deux parties que sa décision doit régler. Il n'est pas suffisant que les parties qui peuvent être touchées par la décision aient des intérêts opposés—encore moins que la décision porte sur une question qui suscite un désaccord entre elles. [Je souligne.]

Voir également lord Wheatley à la p. 915 et lord Salmon à la p. 924. Walton, *Russell on the Law of Arbitration* (19th ed. 1979), à la p. 59; Hogg, *The Law of Arbitration* (1936), à la p. 8.

Ce critère est également accepté au Canada (*Re Krofchick and Provincial Insurance Co.* (1978), 21 O.R. (2d) 805 (H.C.), à la p. 810; *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 91 (C.A. Sask.), à la p. 98; McLaren et Palmer, *op. cit.*, à la p. 1).

Les parties doivent être dans l'obligation de soumettre leur différend à l'arbitrage. Cette condition peut résulter d'une disposition législative ou encore de la volonté des parties. L'obligation légale ne soulève évidemment aucune difficulté. Par contre, lorsque la procédure d'arbitrage relève d'une clause contractuelle, la situation nécessite un examen plus approfondi. Il devient alors nécessaire de dégager l'intention des parties à partir des documents pertinents (*Sutcliffe v. Thackrah*, précité, à la p. 867, par lord Morris of Borth-Y-Gest; *Preload Co. of Canada Ltd. v. Regina (City of)* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 241 (C.A. Sask.), à la

Simcoe & Erie General Insurance Co., supra, at p. 97; McLaren and Palmer, op. cit., at p. 4; *Campbellford, Lake Ontario and Western Railway Co. v. Massie* (1914), 50 S.C.R. 409, at p. 421 (Duff J.)) This intent can be demonstrated in various ways. The courts and academic analysts have looked at certain indicia in this connection, such as the terminology used by the parties (*Re Premier Trust Co. and Hoyt and Jackman* (1969), 3 D.L.R. (3d) 417 (Ont. C.A.), at p. 419), the fact that a decision is final and binding (*Sutcliffe v. Thackrah*, supra, at p. 877), the judicial nature of the proceedings (*Re Carus-Wilson and Greene*, supra, at p. 9) and the professional status of the third party (*Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, supra, at p. 97).

Lord Wheatley gives a brilliant summary of the state of the common law in this area in *Arenson*, supra, at pp. 914, 915-16:

(1) It is clear from the speeches of Lord Reid, Lord Morris of Borth-Y-Gest and my noble and learned friend, Lord Salmon, in *Sutcliffe v. Thackrah* that while a valuer may by the terms of his appointment be constituted an arbitrator [*sic*] (or quasi-arbitrator) and be clothed with the immunity, a valuer simply as such does not enjoy that benefit.

(2) It accordingly follows that when a valuer is claiming that immunity he must be able to establish from the circumstances and purpose of his appointment that he has been vested with the clothing which gives him that immunity.

(3) In view of the different circumstances which can surround individual cases, and since each case has to be decided on its own facts, it is not possible to enunciate an all-embracing formula which is habile to decide every case. What can be done is to set out certain indicia which can serve as guidelines in deciding whether a person is so clothed. The indicia which follow are in my view the most important, though not necessarily exhaustive.

The indicia are as follows: (a) there is a dispute or a difference between the parties which has been formulated in some way or another; (b) the dispute or difference has been remitted by the parties to the person to resolve in such a manner that he is called on to exercise a judicial function; (c) where appropriate, the parties must have been provided with an opportunity to present

p. 265 (le juge Procter, dissident); *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, précité, à la p. 97; McLaren et Palmer, op. cit., à la p. 4; *Campbellford, Lake Ontario and Western Railway Co. v. Massie* (1914), 50 R.C.S. 409, à la p. 421 (le juge Duff)). Cette intention peut se manifester de maintes façons. La jurisprudence et la doctrine ont retenu certains éléments utiles à cette fin notamment la terminologie employée par les parties (*Re Premier Trust Co. and Hoyt and Jackman* (1969), 3 D.L.R. (3d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 419), le fait que la décision soit finale et obligatoire (*Sutcliffe v. Thackrah*, précité, à la p. 877), le caractère judiciaire de la procédure (*Re Carus-Wilson and Greene*, précité, à la p. 9), et le statut professionnel du tiers (*Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, précité, à la p. 97).

Lord Wheatley résume brillamment l'état de la *common law* en cette matière dans l'arrêt *Arenson*, précité, aux pp. 914, 915 et 916:

[TRADUCTION] (1) Il ressort clairement des opinions de lord Reid, de lord Morris of Borth-Y-Gest et de mon noble collègue, lord Salmon, dans *Sutcliffe v. Thackrah* que bien qu'un expert puisse aux termes de sa nomination être constitué arbitre (ou de quasi-arbitre) et être protégé par l'immunité, un expert comme tel ne peut tout simplement pas jouir de cet avantage.

(2) Par conséquent, il en découle que, lorsqu'un expert fait valoir cette immunité, il doit être en mesure d'établir d'après les circonstances et le but de sa nomination qu'on lui a confié le rôle qui lui accorde cette immunité.

(3) Compte tenu des différentes circonstances qui peuvent entourer chaque affaire, et comme chaque cas doit être tranché d'après ses propres faits, il n'est pas possible d'énoncer une formule d'application générale qui permet de régler chaque cas. On peut énoncer certains indices qui peuvent servir de ligne directrice pour décider si une personne s'est vu confier ce rôle. Les indices qui suivent sont à mon avis les plus importants, bien qu'ils ne soient pas nécessairement exhaustifs.

Les indices sont les suivants: a) il existe entre les parties une dispute ou un différend qui a été formulé d'une manière ou d'une autre; b) la dispute ou le différend a été renvoyé par les parties devant une personne pour qu'elle le tranche de telle manière qu'elle est appelée à exercer une fonction judiciaire; c) le cas échéant, les parties doivent avoir la possibilité de présen-

evidence and/or submissions in support of their respective claims in the dispute; and (d) the parties have agreed to accept his decision.

5—U.S. Law

Certain points of comparison may be derived from a brief review of U.S. law.

The approach taken by the U.S. courts is similar to that adopted by the courts in England and in the Canadian common law provinces.

The existence of a present dispute remains one of the principal criteria of distinction. Similarity to the judicial process is also an important aspect. Thus, in *Hartford Fire Insurance Co. v. Jones*, 108 So.2d 571 (1959), the Supreme Court of Mississippi had to determine whether a valuation clause contained in an insurance policy was an arbitration or a request for an expert opinion. Hall J., for the Court, said at p. 572:

Appraisal, in particular, is perhaps most often confused with arbitration. While some of the rules of law that apply to arbitration apply in the same manner to appraisal, and the terms have at times been used interchangeably, there is a plain distinction between them. In the proper sense of the term, arbitration presupposes the existence of a dispute or controversy to be tried and determined in a quasi judicial manner, whereas appraisal is an agreed method of ascertaining value or amount of damage, stipulated in advance, generally as a mere auxiliary or incident feature of a contract, with the object of preventing future disputes, rather than of settling present ones. [Emphasis added.]

See also *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, 195 F.2d 106 (8th Cir. 1952), at p. 113.

The fact that the third party makes a decision based on his personal expertise rather than on an adversarial procedure requiring the admission of evidence and argument by the parties suggests the existence of an expert opinion (*In re Waters*, 93 F.2d 196 (5th Cir. 1937), at p. 200; *Bewick v. Mecham*, 156 P.2d 757 (Cal. 1945), at p. 760; *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, *supra*, at p. 113; *Preferred Insurance Co. v. Richard Parks Trucking Co.*, 158 So.2d 817 (Fla. Dist. Ct. App. 1963), at p. 820).

ter des éléments de preuve ou des arguments à l'appui de leurs demandes respectives dans la dispute; et d) les parties ont convenu d'accepter sa décision.

5—Droit américain

Un survol du droit américain suffit pour dégager certains points de comparaison.

L'approche des tribunaux américains s'apparente à celle adoptée par les tribunaux anglais et canadiens des provinces de *common law*.

L'existence d'un différend né demeure un des principaux critères de distinction. La similarité avec le processus judiciaire constitue également un aspect important. Ainsi, dans l'arrêt *Hartford Fire Insurance Co. v. Jones*, 108 So.2d 571 (1959), la Cour suprême du Mississippi devait déterminer si une clause d'évaluation contenue dans une police d'assurance était un arbitrage ou une expertise. Le juge Hall, au nom de la Cour, affirme à la p. 572:

[TRADUCTION] L'expertise, en particulier, est sans doute très souvent confondue avec l'arbitrage. Bien que certaines des règles de droit applicables à l'arbitrage s'appliquent de la même manière à l'expertise, et que les termes aient, à certains moments, été utilisés de manière interchangeable, il existe une distinction fondamentale entre eux. Dans le bon sens du terme, l'arbitrage présuppose l'existence d'une dispute ou d'une controverse qui doit être examinée et réglée de manière quasi judiciaire, alors que l'expertise est une méthode convenue pour établir la valeur ou le montant des dommages, précisée d'avance, généralement comme un simple élément auxiliaire ou accessoire d'un contrat, dont l'objet est de prévenir les disputes à venir, plutôt que de régler celles qui sont nées. [Je souligne.]

Voir également: *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, 195 F.2d 106 (8th Cir. 1952), à la p. 113.

Le fait que le tiers prenne une décision à partir de son expertise personnelle plutôt qu'à la suite d'une procédure contradictoire nécessitant l'admission de preuve et l'argumentation des parties en cause laisse supposer l'existence d'une expertise (*In re Waters*, 93 F.2d 196 (5th Cir. 1937), à la p. 200; *Bewick v. Mecham*, 156 P.2d 757 (Cal. 1945), à la p. 760; *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, précité, à la p. 113; *Preferred Insurance Co. v. Richard Parks Trucking Co.*, 158 So.2d 817 (Fla. Dist. Ct. App. 1963), à la p. 820).

The U.S. courts have developed a criterion which does not appear to have attracted the attention of the English and Canadian courts. It suggests that arbitration implies the submission of the entire dispute to an arbitrator, whereas an expert opinion is limited to a more specific aspect such as the valuation of damage or of some piece of property:

An agreement for arbitration ordinarily encompasses the disposition of the entire controversy between the parties upon which award a judgment may be entered, whereas an agreement for appraisal extends merely to the resolution of the specific issues of actual cash value and the amount of loss, all other issues being reserved for determination in a plenary action before the court.

(*Preferred Insurance Co.*, *supra*, at p. 820.)

In *In re Delmar Box Co.*, 127 N.E.2d 808 (1955), the New York Court of Appeals, *per* Fuld J., made the following comments on the arbitration/expert opinion distinction at pp. 810-11:

A number of basic distinctions have long prevailed between an appraisal under the standard fire policy and a statutory arbitration. An agreement for arbitration ordinarily encompasses the disposition of the entire controversy between the parties, upon which judgment may be entered after judicial confirmation of the arbitration award. Civ.Prac.Act, § 1464, while the agreement for appraisal extends merely to the resolution of the specific issues of actual cash value and the amount of loss, all other issues being reserved for determination in a plenary action. See *Matter of American Ins. Co.*, 208 App.Div. 168, 170-171, 203 N.Y.S. 206, 207-208. Appraisal proceedings are, moreover, attended by a larger measure of informality, see *Strome v. London Assur. Corp.*, 20 App.Div. 571, 573, 47 N.Y.S. 481, 483, affirmed 162 N.Y. 627, 57 N.E. 1125, and appraisers are "not bound to the strict judicial investigation of an arbitration." See *Matter of American Ins. Co.*, *supra*, 208 App.Div. 168, 171, 203 N.Y.S. 206, 208. Arbitrators are required to take a formal oath, Civ.Prac.Act, § 1455, and may act only upon proof adduced at a hearing of which due notice has been given to each of the parties, Civ.Prac.Act, § 1454. They may not predicate their award upon evidence garnered through an *ex parte* investigation of their own, at least unless so authorized by the parties. See *Stefano Berizzi Co. v. Krausz*, 239 N.Y. 315, 146 N.E. 436. Appraisers, on the

Les tribunaux américains ont développé un critère qui ne semble pas avoir retenu l'attention des tribunaux anglais et canadiens. L'arbitrage impliquerait la soumission à l'arbitre du différend en entier alors qu'une expertise serait restreinte à un aspect plus spécifique tel l'évaluation d'un dommage ou d'un bien quelconque:

[TRADUCTION] Une convention d'arbitrage prévoit ordinairement le règlement de toute la controverse qui existe entre les parties et un jugement peut être rendu sur cette sentence arbitrale; alors qu'une convention d'expertise vise simplement la résolution des questions précises relatives à la valeur réelle en argent et au montant de la perte, toutes les autres questions devant être réglées dans une action en bonne et due forme devant un tribunal.

(*Preferred Insurance Co.*, précité, à la p. 820.)

Dans l'arrêt *In re Delmar Box Co.*, 127 N.E.2d 808 (1955), la New York Court of Appeals sous la plume du juge Fuld a émis les commentaires suivants sur la distinction arbitrage/expertise aux pp. 810 et 811.

[TRADUCTION] Depuis longtemps il y a eu un certain nombre de distinctions fondamentales entre une expertise aux termes de la police normalisée d'assurance-incendie et un arbitrage prévu par la loi. Une convention d'arbitrage prévoit ordinairement le règlement de toute la controverse qui existe entre les parties, et un jugement peut être rendu après confirmation judiciaire de la sentence arbitrale. Civ.Prac.Act, art. 1464, alors que la convention d'expertise vise simplement la résolution des questions précises relatives à la valeur réelle en argent et au montant de la perte, toutes les autres questions devant être réglées dans une action en bonne et due forme. Voir *Matter of American Ins. Co.*, 208 App.Div. 168, 170 et 171, 203 N.Y.S. 206, 207 et 208. En outre, les procédures en matière d'expertise sont dans une grande mesure plus informelles, voir *Strome v. London Assur. Corp.*, 20 App.Div. 571, 573, 47 N.Y.S. 481, 483, confirmé par 162 N.Y. 627, 57 N.E. 1125, et les experts «ne sont pas tenus à la stricte enquête judiciaire d'un arbitrage.» Voir *Matter of American Ins. Co.*, précité, 208 App.Div. 168, 171, 203 N.Y.S. 206, 208. Les arbitres sont tenus de prêter serment, Civ.Prac.Act, art. 1455, et ne peuvent agir qu'en vertu d'éléments de preuve présentés lors d'une audience dont avis a dûment été donné à chaque partie, Civ.Prac.Act, art. 1454. Ils ne peuvent pas fonder leur décision sur des éléments de preuve recueillis lors de leur propre enquête *ex parte*, du

other hand, are not required to take an oath. See *Syracuse Savings Bank v. Yorkshire Ins. Co.*, 301 N.Y. 403, 411, 94 N.E.2d 73, 78; *Wurster v. Armfield*, 175 N.Y. 256, 264, 67 N.E. 584, 586; *Williams v. Hamilton Fire Ins. Co.*, 118 Misc. 799, 194 N.Y.S. 798. They are likewise "not obliged to give the claimant any formal notice or to hear evidence"; and they may apparently proceed by *ex parte* investigation, so long as the parties are given an opportunity to make statements and explanations to the appraisers with regard to the matters in issue. See *Kaiser v. Hamburg-Bremen Fire Ins. Co.*, 59 App.Div. 525, 530, 69 N.Y.S. 344, 347, affirmed 172 N.Y. 663, 65 N.E. 1118; *Townsend v. Greenwich Ins. Co.*, 86 App.Div. 323, 326-327, 83 N.Y.S. 909, 911-912, affirmed 178 N.Y. 634, 71 N.E. 1140; *Matter of American Ins. Co.*, supra, 208 App.Div. 168, 171, 203 N.Y.S. 206, 208.

Furthermore, in an arbitration, all the arbitrators, if there be more than one, "must meet together and hear all the allegations and proofs of the parties", Civ.Prac.Act, § 1456. The standard appraisal clause, in contrast, specifically recites that the umpire is not to participate in the appraisal in all cases, but is only to pass on such differences as there may be between the appraisers designated by the respective parties. In addition, the vacatur of an arbitration award invariably results in a new arbitration, Civ.Prac.Act, § 1462; see *Matter of Fletcher*, 237 N.Y. 440, 449, 143 N.E. 248, 251, whereas after an appraisal award has been set aside without any fault on the part of the insured, he is not required to submit to any further appraisal but is free to litigate the issues in an action at law on the policy. See *Gervant v. New England Fire Ins. Co.*, 306 N.Y. 393, 400, 118 N.E.2d 574, 577.

I note that the final and binding nature of the decision made by third parties does not appear to have been adopted by the U.S. courts. On the contrary, in *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, supra, the Federal Court of Appeals, Eighth Circuit, held that a valuation could also be final and conclusive if that was the intent of the parties without making it an arbitration. Johnsen J. explained, at p. 113:

In general, where parties to a contract, before a dispute and in order to avoid one, provide for a method of ascertaining the value of something related to their dealings, the provision is one for an appraisal and

moins s'ils ne sont pas autorisés par les parties. Voir *Stefano Berizzi Co. v. Krausz*, 239 N.Y. 315, 146 N.E. 436. Par ailleurs, les experts ne sont pas tenus de prêter serment. Voir *Syracuse Savings Bank v. Yorkshire Ins. Co.*, 301 N.Y. 403, 411, 94 N.E.2d 73, 78; *Wurster v. Armfield*, 175 N.Y. 256, 264, 67 N.E. 584, 586; *Williams v. Hamilton Fire Ins. Co.*, 118 Misc. 799, 194 N.Y.S. 798. De même, ils «ne sont pas tenus de donner au requérant un avis formel ni d'entendre des témoignages»; et, apparemment, ils peuvent procéder par voie d'enquête *ex parte*, dans la mesure où les parties ont la possibilité de faire des déclarations et de donner des explications aux experts sur les questions en litige. Voir *Kaiser v. Hamburg-Bremen Fire Ins. Co.*, 59 App.Div. 525, 530, 69 N.Y.S. 344, 347, confirmé par 172 N.Y. 663, 65 N.E. 1118; *Townsend v. Greenwich Ins. Co.*, 86 App.Div. 323, 326-327, 83 N.Y.S. 909, 911 et 912, confirmé 178 N.Y. 634, 71 N.E. 1140; *Matter of American Ins. Co.*, précité, 208 App.Div. 168, 171, 203 N.Y.S. 206, 208.

En outre, dans un arbitrage, tous les arbitres, s'il y en a plus d'un, «doivent se rencontrer et entendre tous les arguments et les témoignages des parties», Civ.Prac.Act, art. 1456. Par opposition, la clause normalisée en matière d'expertise, précise que l'arbitre ne doit pas participer à l'expertise dans tous les cas, mais doit seulement examiner les différences qu'il peut y avoir entre les experts désignés par les parties respectives. De plus, l'annulation d'une sentence arbitrale entraîne invariablement un nouvel arbitrage, Civ.Prac.Act, art. 1462; voir *Matter of Fletcher*, 237 N.Y. 440, 449, 143 N.E. 248, 251, alors que, après l'annulation d'une décision d'expert sans faute de la part de l'assuré, celui-ci il n'est pas tenu de se soumettre à une autre expertise, mais est libre de porter les questions devant les tribunaux dans une action portant sur la police. Voir *Gervant v. New England Fire Ins. Co.*, 306 N.Y. 393, 400, 118 N.E.2d 574, 577.

Je note que le caractère final et obligatoire de la décision prise par les tiers ne semble pas avoir été retenu par les tribunaux américains. Au contraire, dans l'arrêt *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, précité, la Cour d'appel fédérale, huitième circuit, a décidé qu'une évaluation pouvait également être finale et décisive si telle était la volonté des parties sans pour autant qu'elle ne devienne un arbitrage. Le juge Johnsen explique à la p. 113:

[TRADUCTION] En général, lorsque des parties à un contrat prévoient, avant que survienne une dispute et à titre préventif, une méthode pour établir la valeur de quelque chose ayant rapport à leurs négociations, la

not for an arbitration. 3 Am.Jur., Arbitration and Award, § 3, pp. 830, 831. But, under Minnesota law, as well as generally, the result of an appraisal which the parties have thus contracted to have made is just as conclusive upon them as would be an arbitration award—even though from the contract and the nature of the situation there may be involved no right to a hearing before the appraiser—if they have expressly stipulated that it shall be so conclusive, or if the intention to be so bound is fairly inferable from the language which they have used. *State v. Equitable Ins. Co.*, 140 Minn. 48, 167 N.W. 292, 293; *Nelson v. Charles Betcher Lbr. Co.*, 88 Minn. 517, 93 N.W. 661, 662.

6—*French Law*

Turning now to France, we find that in the absence of an express provision, to distinguish arbitration from an expert opinion the French courts have developed two criteria, one objective and the other subjective, according to the terminology used by commentators. The first involves ascertaining whether a dispute exists and the second involves analyzing the intent of the parties to submit to arbitration.

a) Objective criterion

In a judgment dated November 7, 1974, *Di Trento c. Pinatel*, *Rev. arb.*, 1975.302, the Court of Cassation held, based on the fact that a dispute existed between the parties, that intervention by a third party was an arbitration rather than an expert opinion as the result of certain indicia, which it listed at p. 303:

[TRANSLATION] But whereas the judgment, after analysing the contract, states that it provides that the parties undertake to give effect to the decision as a judgment without any right of appeal; that the arbitrators are exempt from procedural formalities, and may make their decision as mediators; that the parties were assisted by their counsel; that from these facts, the judgment could conclude that a dispute existed between the parties concerned, if not as to the inventory of the property at least as to its value, and that the aforesaid agreement accordingly was an agreement to arbitrate;

This decision appears to be consistent with earlier decisions and has also been approved by commentators (Cass. civ., June 9, 1961, *Rev. arb.*, 1961.186 (*Soc. Distilleries réunies de Bretagne et*

disposition porte sur l'expertise et non sur l'arbitrage. 3 Am.Jur., Arbitration and Award, art. 3, pp. 830, 831. Toutefois, en vertu du droit du Minnesota, de même que d'une manière générale, le résultat d'une expertise prévue par contrat entre les parties est tout aussi final à leur égard que le serait une décision arbitrale—même si d'après le contrat et la nature de la situation, il ne peut en découler aucun droit à une audition devant un expert—si elles ont expressément prévu qu'elle serait finale ou si l'intention d'être liée peut à juste titre ressortir des termes qu'elles ont utilisés. *State v. Equitable Ins. Co.*, 140 Minn. 48, 167 N.W. 292, 293; *Nelson v. Charles Betcher Lbr. Co.*, 88 Minn. 517, 93 N.W. 661, 662.

c 6—*Droit français*

Si nous nous tournons maintenant vers la France, on constate qu'en l'absence de texte, aux fins de distinguer l'arbitrage de l'expertise, la jurisprudence française a dégagé deux critères, l'un objectif, l'autre subjectif, selon la terminologie que les auteurs utilisent. Le premier consiste à vérifier l'existence d'un différend alors que pour le second, il s'agit de dégager l'intention des parties de se soumettre à l'arbitrage à partir de critères d'analyse.

a) Critère objectif

Dans un arrêt du 7 novembre 1974, *Di Trento c. Pinatel*, *Rev. arb.*, 1975.302, la Cour de cassation a conclu en se fondant sur l'existence d'un différend entre les parties, que l'intervention d'un tiers constituait plutôt un arbitrage qu'une expertise à partir de certains indices qu'elle énumère à la p. 303:

Mais attendu que l'arrêt, après avoir analysé l'acte, énonce qu'il y est indiqué que les parties s'engagent à exécuter la décision comme jugement sans pouvoir interjeter appel; que les arbitres sont dispensés des formes de procédure, qu'ils pourront se prononcer des amiables compositeurs; que les parties étaient assistées de leurs conseils; que de ces constatations, l'arrêt a pu déduire qu'un litige existait entre les intéressés sinon sur l'inventaire des biens, du moins sur leur valeur, et que la convention susvisée constituait en conséquence un compromis;

Cette décision semble conforme aux arrêts antérieurs et reçoit également l'assentiment de la doctrine (Cass. civ., 9 juin 1961, *Rev. arb.*, 1961.186 (*Soc. Distilleries réunies de Bretagne et de Nor-*

de Normandie c. Sofridex); Cass. com., May 8, 1961, *Bull. civ.*, III, No. 192, p. 169 (*Société Idéal Coiffeur c. Société Raimon*); Paris, 1^{re} Ch. supp., February 5, 1976, *Rev. arb.*, 1976.255 (*S.C.I. Résidence Les Tilleuls c. S.A. Promeric*); Trib. civ. Seine, 1^{re} Ch., February 8, 1956, *Rev. arb.*, 1957.25 (*Distilleries de Bretagne et de Normandie c. Société privée d'exploitation immobilière*); de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage* (1983), at p. 193; Motulsky, *Écrits: études et notes sur l'arbitrage* (1974), at p. 41; Rubellin-Devichi, *Rev. arb.*, 1980.87, note; Ravon, *Traité de l'arbitrage et de l'expertise* (1905), at p. 91; Rocher, *De l'arbitrage en matière civile* (1907), at p. 8).

b) Subjective criterion

Commentators consider that while use of the term "dispute" requires more than the mere existence of an issue, the court must determine whether the parties intended to submit their respective arguments in this connection to a decision-making body to be reviewed and decided upon. The search for this intent was the subject of a decision by the Court of Cassation on May 25, 1962, *Société Romand c. de Montmort*, *Rev. arb.*, 1962.103. In that case a commercial lease contained a rent adjustment clause under which the rent was to be set by agreement between the parties, and failing such agreement, by arbitrators designated by each of them, who if they disagreed could appoint a third party arbitrator.

The rent was set by the arbitrators and de Montmort attempted to homologate the decision by an application *in exequatur*, to which the Société Romand objected. The lower courts dismissed the objection because the decision was not in the nature of an arbitration award. The Court of Cassation affirmed these judgments on the ground that the parties had not agreed to submit the dispute to the jurisdiction of the third parties, though they had appointed them as arbitrators. The Court held at p. 104:

[TRANSLATION] But whereas the judgment observes that although a dispute could be found to exist due to the disagreement of both parties as to the amount of the rental, it must be shown that they intended to give the third parties whom they appointed arbitrators a decision-making authority; that under the agreement of

mandie c. Sofridex); Cass. com., 8 mai 1961, *Bull. civ.*, III, n° 192, p. 169 (*Société Idéal Coiffeur c. Société Raimon*); Paris, 1^{re} Ch. supp., 5 février 1976, *Rev. arb.*, 1976.255 (*S.C.I. Résidence Les Tilleuls c. S.A. Promeric*); Trib. civ. Seine, 1^{re} Ch., 8 février 1956, *Rev. arb.*, 1957.25 (*Distilleries de Bretagne et de Normandie c. Société privée d'exploitation immobilière*); de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage* (1983), à la p. 193; Motulsky, *Écrits: études et notes sur l'arbitrage* (1974), à la p. 41; Rubellin-Devichi, *Rev. arb.*, 1980.87, note; Ravon, *Traité de l'arbitrage et de l'expertise* (1905), à la p. 91; Rocher, *De l'arbitrage en matière civile* (1907), à la p. 8).

b) Critère subjectif

La doctrine enseigne que si l'emploi du terme «litige» nécessite plus que l'existence d'une simple contestation, on doit aussi rechercher si les parties ont entendu soumettre leurs prétentions respectives à cet égard à une autorité juridictionnelle en vue d'être vérifiées et départagées. La recherche de cette intention a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1962, *Société Romand c. de Montmort*, *Rev. arb.*, 1962.103. Dans cette affaire, un bail commercial contenait une clause d'ajustement de loyer qui devait être fixé par entente entre les parties et, à défaut d'entente, par des arbitres nommés par chacune d'elles qui, en cas de désaccord, devaient s'adjoindre un tiers.

Suite à la fixation du loyer par les arbitres, de Montmort tenta de faire homologuer la décision au moyen d'une requête en *exequatur*, ce à quoi s'opposa la Société Romand. Les cours inférieures ont rejeté cette opposition, la décision n'ayant pas le caractère d'une sentence arbitrale. La Cour de cassation confirmait, étant d'avis que les parties n'avaient pas entendu soumettre le différend à la juridiction de tiers, même si elles les avaient dénommés arbitres. La Cour affirme à la p. 104:

Mais attendu que l'arrêt observe que même si l'on pouvait reconnaître le caractère d'un différend contentieux au désaccord des deux parties sur le prix du loyer, il faudrait établir qu'elles avaient eu la volonté de donner aux tiers qu'elles avaient dénommés arbitres un pouvoir juridictionnel; que ceux-ci devaient, aux termes

October 30, 1954 the latter were to determine the amount of the rental and incidentals; that the decision characterized as an "arbitration award" was simply the performance of the mandate so given by the parties; that the third party arbitrator, in the "award", stated that under the agreement between the parties the decision on the price constituted a rider to the lease; that accordingly this decision, which was intended to be incorporated in the contract, clearly became a constituent element of the agreement between the parties... [Emphasis added.]

Motulski, *op. cit.*, made the following observations in his text on arbitration, at p. 42:

[TRANSLATION] In the final analysis, therefore, it all depends on what the parties intended; and in order to know what they intended we should not be concerned essentially, or even primarily, with the *name* they gave, often without thinking about the consequences, to the third parties whom they called in; rather, we should ask which of the possible actions by a third party the one actually intended corresponds to. This truth was expressed in a judgment of a much earlier date (Req., March 31, 1862, S., 1862.I.362, D.P. 1862.I.242); and nearly a century later the Tribunal civil de la Seine, in the judgment to which I referred at the start of my remarks, Feb. 8, 1956, *Gaz. Pal.*, 1957.I.30, restated the concept: "even if", it said, "in the contract the parties used the word 'arbitrator' to describe the third party, the extent of his powers cannot depend on the formal designation so given but on the nature of the task entrusted to him". [Emphasis added.]

The following decisions and academic articles are to the same effect: Cass. civ. 1^{re} Ch., October 26, 1976, *Rev. arb.*, 1977.336 (*Cayrol c. Cayrol*); Cass. civ. 2^e Ch., June 7 and November 30, 1978, *Rev. arb.*, 1979.343 (*Pentecost c. Pantaloni*; *Société Creaciones Reval c. Société Cerruti 1881*), note Roland-Levy; Paris, 1^{re} Ch. C., January 12, 1979, *Rev. arb.*, 1980.83 (*Belon c. Maurey*), note Rubellin-Devichi; Nancy, 1^{re} Ch., December 12, 1985, *Rev. arb.*, 1986.255 (*Langlais c. Bruneau*); de Boissésou, *op. cit.*, at p. 193; Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international* (1980), at pp. 10-11.

In a recent judgment on October 9, 1984, *Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor*, *Rev. arb.*, 1986.263, the Court of Cassation had to decide on the validity of a decision made by a third party referred to by the parties as an "arbitrator".

de la convention du 30 octobre 1954, déterminer le montant du loyer et de ses accessoires; que, la décision dénommée «sentence arbitrale» constituait l'exécution pure et simple du mandat ainsi donné par les parties; que le tiers arbitre, dans la «sentence» avait déclaré que, conformément à la convention des parties, la décision sur le prix constituait un avenant au bail; qu'ainsi, destinée à s'incorporer au contrat cette décision avait bien le caractère d'un élément constitutif de l'accord des parties... [Je souligne.]

Motulski, *op. cit.*, tient les propos suivants dans son ouvrage sur l'arbitrage, à la p. 42:

Tout dépend donc, en dernier lieu, de ce qu'ont voulu les parties; et pour savoir ce qu'elles ont voulu, il ne faut pas s'attacher essentiellement ni même principalement au *nom* qu'elles ont donné, souvent sans penser aux conséquences, aux tiers auxquels elles ont recours, mais il faut se demander quelle est, parmi les interventions possibles d'un tiers, celle à laquelle correspond réellement l'activité à exercer par celui-ci. Un très vieil arrêt (Req., 31 mars 1862, S., 1862.I.362, D.P. 1862.I.242) avait déjà exprimé cette vérité; et à près d'un siècle d'intervalle, le Tribunal civil de la Seine, dans le jugement auquel j'ai fait allusion tout au début de mes explications 8 févr. 1956, *Gaz. Pal.*, 1957.I.30, a repris l'idée: «même si les parties, dit-il, ont, «dans le contrat, employé le mot arbitre pour qualifier (le) tiers, l'étendue de ses pouvoirs ne saurait dépendre de la qualification formelle ainsi donnée, mais de la nature même de la mission à lui confiée.» [Je souligne.]

Les décisions et articles de doctrine suivants sont au même effet: Cass. civ. 1^{re} Ch., 26 octobre 1976, *Rev. arb.*, 1977.336 (*Cayrol c. Cayrol*); Cass. civ. 2^e Ch., 7 juin et 30 novembre 1978, *Rev. arb.*, 1979.343 (*Pentecost c. Pantaloni*; *Société Creaciones Reval c. Société Cerruti 1881*), note Roland-Levy; Paris, 1^{re} Ch. C., 12 janvier 1979, *Rev. arb.*, 1980.83 (*Belon c. Maurey*), note Rubellin-Devichi; Nancy, 1^{re} Ch., 12 décembre 1985, *Rev. arb.*, 1986.255 (*Langlais c. Bruneau*); de Boissésou, *op. cit.*, à la p. 193; Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international* (1980), aux pp. 10 et 11.

Dans un arrêt récent du 9 octobre 1984, *Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor*, *Rev. arb.*, 1986.263, la Cour de cassation avait à déterminer la validité d'une décision prise par un tiers, dénommé «arbitre». Les parties avaient inclus dans

The parties had included in a commercial lease an indexing clause using an index published by a government body. In the event that index ceased to be published, and in the absence of agreement, the parties undertook to refer the matter to an arbitrator. As publication ceased and the parties did not agree, an arbitrator was appointed and he chose another index. One of the parties challenged this decision. In upholding the third party's decision, the Court implicitly treated the latter as an expert despite the fact that the parties had referred to him as an "arbitrator". Mayer, *Rev. arb.*, 1986.267, explains the reasons underlying the Court's decision at pp. 269-70:

[TRANSLATION] Disagreement did not suffice in that case to create an issue because, though it was certainly the *cause* of the "arbitrator's" intervention, it was not the *subject* of the latter: once it was established that the parties had not reached agreement, and he therefore had to step into their shoes, the third party "chose" (this is the word used by the parties) at his own discretion what he thought was the most suitable index. He did not have to decide between opposing positions which might have been argued before him, and to rule that one or the other was correct.

It is unnecessary, within the limits of this note, to suggest any definition of a dispute; it will be sufficient to ascertain whether the *rules governing* the document creating jurisdiction are consistent with the situation in the S.E.C.A.R. case. Clearly, at least three fundamental aspects of those rules are inapplicable. First, and most importantly, the requirement of an *adversarial procedure* does not have to be raised: the third party was to determine the new index by himself, and was not required to hear the parties (unless they had expressly contemplated his doing so). Secondly, the *dispositive rule* is inapplicable: the third party's choice was not limited by fixed options determined by the opposing arguments of the parties. Third, *reasons* did not have to be given for the decision. All of this results from the fact that there was no dispute, and also establishes that there was none.

It is interesting to note that the French *Nouveau Code de procédure civile* provides in art. 1451 that only a natural person fully able to exercise his civil rights may act as an arbitrator. If the agreement names a legal entity, the latter has only the power to organize the arbitration, nothing more.

un bail commercial une clause d'indexation comprenant un indice publié par un organisme gouvernemental. Dans l'éventualité où cet indice cessait d'être publié, à défaut d'entente, les parties s'engageaient à avoir recours à un arbitre pour le fixer. La publication ayant cessé et les parties étant en désaccord, un arbitre fut désigné et il choisit un autre indice. Une des parties contesta cette décision. En validant la décision du tiers, la Cour a implicitement qualifié d'expert ce tiers bien que les parties l'aient dénommé «arbitre». Mayer, *Rev. arb.*, 1986.267, explique les motifs qui sous-tendent la décision de la Cour aux pp. 269 et 270:

Le désaccord ne suffisait pas en l'espèce à créer un litige parce que s'il était bien la *cause* de l'intervention de l'«arbitre» il n'en était pas l'*objet*: une fois constaté que les parties n'étaient pas parvenues à un accord, et qu'il devait donc se substituer à elles, le tiers «choisisait» (c'est le mot que les parties avaient utilisé) en toute liberté ce qui lui semblait être l'indice le mieux adapté. Il n'avait pas à trancher entre des positions antagonistes, qui auraient dû être débattues devant lui, et dont il aurait déclaré l'une bien et l'autre mal fondée.

Il n'est pas en fait nécessaire, dans le cadre de cette note, de proposer une définition du litige; il suffit de vérifier si le *régime* de l'acte juridictionnel convient à la situation de l'affaire S.E.C.A.R. Or, manifestement, trois éléments fondamentaux au moins de ce régime se révèlent inadaptés. En premier lieu—et surtout—l'exigence d'un *débat contradictoire* n'a pas lieu d'être posée: le tiers doit déterminer par lui-même le nouvel indice, il n'est pas tenu d'entendre les parties (à moins que celles-ci ne l'aient expressément prévu). En second lieu le *principe dispositif* est sans objet: le choix du tiers n'est pas enfermé dans une alternative tracée par les prétentions opposées des parties. En troisième lieu la décision n'a pas à être *motivée*. Tout cela résulte de l'absence de litige et, en même temps, la (*sic*) démontre.

Il est intéressant de noter que le *Nouveau Code de procédure civile* français prévoit à l'art. 1451 que seule une personne physique ayant le plein exercice de ses droits civils peut agir à titre d'arbitre. Si la convention désigne une personne morale, cette dernière ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage, sans plus.

This brief review of the state of modern French law, which is derived like our own from old French law, indicates that there is no fundamental difference between the various approaches taken by the common law and that taken by French case law and academic analysis to the concept of arbitration.

7—Quebec Law

In Quebec, in view of the legislator's silence both as to the definition of arbitration and its distinguishing features, academic analysis and case law are generally an invaluable source.

Quebec courts, however, have not had many opportunities to rule on the point. In *Corporation de la Ville de Beauharnois v. Liverpool & London & Globe Ins. Co.* (1906), 15 K.B. 235, the Court of King's Bench vacated an arbitration award on the ground that the arbitrators had failed to inform one of the parties of the date and place of the hearing. However, the Court had first to decide as to the nature of a clause contained in the insurance contract which provided for the appointment by each party of an appraiser to fix the loss suffered by the insured. In the event of disagreement, each appraiser was to select a third party (an umpire) to whom their respective arguments would be submitted. The decision rendered would be final and binding on the parties. They undertook to submit all relevant documents to both the appraisers and the umpire who had the right to call witnesses under oath. The Court characterized this agreement as arbitration, relying primarily on the fact that the parties used the word "arbitration", even though the agreement was entitled "appraisement bond".

Home Insurance Co. de New York v. Capuano (1926), 41 K.B. 85 and *Ouellette v. Cie d'assurance mutuelle de commerce contre l'incendie*, [1949] R.L. 163 (Sup. Ct.) are to the same effect: the clause requiring interpretation was identical to that in *Ville de Beauharnois*, *supra*.

In *Church v. Racicot* (1912), 21 K.B. 471, an agreement to purchase logs provided that the logs were to be measured by an official inspector named by the buyer. The seller sued, alleging

Ce bref survol de l'état du droit français contemporain, qui comme le nôtre prend ses sources dans l'ancien droit français, nous permet de constater qu'il n'existe pas de divergence fondamentale entre les diverses approches de la *common law* et celle qu'ont adoptée la jurisprudence et la doctrine française en ce qui concerne la notion d'arbitrage.

7—Droit québécois

Au Québec comme ailleurs, devant le silence du législateur tant sur la définition d'arbitrage que sur ses caractères distinctifs, la doctrine et la jurisprudence sont généralement une source précieuse.

La jurisprudence québécoise n'a cependant guère eu l'occasion de se prononcer sur la question. Dans l'arrêt *Corporation de la Ville de Beauharnois v. Liverpool & London & Globe Ins. Co.* (1906), 15 B.R. 235, la Cour du Banc du Roi a annulé une sentence arbitrale au motif que les arbitres avaient omis d'informer l'une des parties de la date et du lieu de l'audition. La Cour devait cependant qualifier au préalable la clause contenue au contrat d'assurance qui prévoyait la nomination par chaque partie d'un évaluateur devant déterminer la perte subie par l'assurée. En cas de mésentente, chaque évaluateur devait choisir un tiers arbitre (*umpire*) à qui ils devaient présenter leurs prétentions respectives. La décision rendue devait être finale et lier les parties. Celles-ci s'engageaient à soumettre aux évaluateurs et à l'arbitre tout document pertinent et, il était loisible à ces derniers d'entendre des témoins assermentés. La Cour a qualifié d'arbitrage cette convention en s'appuyant principalement sur le fait que les parties utilisaient le terme «arbitrage» et ce, même si la convention s'intitulait «appraisement bond».

Les affaires *Home Insurance Co. de New York v. Capuano* (1926), 41 B.R. 85 et *Ouellette v. Cie d'assurance mutuelle de commerce contre l'incendie*, [1949] R.L. 163 (C.S.), sont au même effet, la clause à interpréter étant identique à celle de l'arrêt *Ville de Beauharnois*, précité.

L'arrêt *Church v. Racicot* (1912), 21 B.R. 471 a trait à une convention d'achat prévoyant que des billots devaient être mesurés par un inspecteur officiel désigné par l'acheteur. Le vendeur, consi-

incorrect measurements. The Court held that a clause allowing one party to select a measurer without the other party's agreement could not be regarded as an [TRANSLATION] "undertaking to arbitrate which is binding on the parties" (p. 473).

Most of the cases dealing with arbitration do so in a context different from that which concerns us here.

Academic opinion in Quebec has also displayed little interest concerning the issue at bar. The *Civil Code* commentators did not examine arbitration, which at the time was a procedural matter. (Mignault, *Le droit civil canadien*, vols. 1 to 9, 1895 to 1916; Langelier, *Cours de droit civil*, vols. 1 to 6, 1905 to 1911, and *Traité de Droit civil du Québec*, vols. 1 to 15, 1942 to 1958.)

In procedural matters, the annotated codes do not deal with the issue at bar nor do modern commentators (Mignault, *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté* (1891); Martineau and Delfausse, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1899); Beullac, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1908); Gérin-Lajoie, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1920); Reid and Ferland, *Code de procédure civile annoté du Québec* (1981), vol. 2; Anctil, *Commentaires sur le Code de procédure civile avec tableaux synoptiques et formules* (1983), vol. 2; and Reid, *Code de procédure civile du Québec, complément jurisprudence et doctrine* (3^e éd. 1987).

This lack of interest by our courts and academic commentators may be explained by the importance at the time of the debate on the validity of the undertaking to arbitrate, a matter settled by this Court in *Zodiak*, *supra*. This long period of legal uncertainty did nothing to encourage the use of this method of settling disputes. The fact remains however that, from the time of the definition of the submission in art. 1341 of the 1867 *Code of Civil Procedure* to which I referred above, there could be no submission without a dispute. This results not only from common sense, which is that without a dispute an arbitration is pointless, but from the provision itself which shows no ambiguity, espe-

dérant les mesures erronées, s'est pourvu en justice. La Cour a décidé qu'une clause qui permet à une partie, sans le concours de l'autre, de choisir un mesureur ne peut constituer une «clause compromissoire qui lie les parties» (p. 473).

La plupart des arrêts qui s'adressent à l'arbitrage le font dans un contexte différent qui n'est pas pertinent à notre propos.

La doctrine québécoise s'est, elle aussi, peu intéressée au problème soulevé en l'espèce. Les commentateurs du *Code civil* ne se sont pas arrêtés à l'arbitrage qui, à l'époque, relevait de la procédure. (Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 1 à 9, 1895 à 1916; Langelier, *Cours de droit civil*, t. 1 à 6, 1905 à 1911; et le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 1 à 15, 1942 à 1958.)

En matière de procédure, les codes annotés ne traitent pas de la question non plus que les auteurs modernes (Mignault, *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté* (1891); Martineau et Delfausse, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1899); Beullac, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1908); Gérin-Lajoie, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1920); Reid et Ferland, *Code de procédure civile annoté du Québec* (1981), vol. 2; Anctil, *Commentaires sur le Code de procédure civile avec tableaux synoptiques et formules* (1983), t. 2; et Reid, *Code de procédure civile du Québec, complément jurisprudence et doctrine* (3^e éd. 1987).

Ce peu d'intérêt de notre jurisprudence et notre doctrine s'expliquent possiblement par la grande place occupée à l'époque par le débat portant sur la validité de la clause compromissoire, débat réglé par cette Cour dans l'arrêt *Zodiak*, précité. Cette longue incertitude juridique n'était certes pas de nature à favoriser le recours à ce mode de règlement des différends. Il reste toutefois qu'à partir de la définition du compromis de l'art. 1341 du *Code de procédure civile* de 1867, que j'ai cité plus haut, il ne saurait y avoir de compromis sans différend. Ceci résulte non seulement du sens commun qui veut que sans différend, l'arbitrage n'a pas d'objet, mais du texte même qui ne pré-

cially if we refer to its English version, and from the interpretation given to it by the courts.

Although the debate has centered on the validity of the undertaking to arbitrate, a good illustration is provided by *Corporation du Village de Tadoussac v. Brisson*, [1959] Q.B. 644. The deed of sale of a piece of land provided that the buyer would keep the seller in its employ unless three arbitrators selected by the parties dismissed him. The seller was dismissed and sued the buyer which, in turn, argued that it did not have to undertake arbitration because the agreement in this regard did not meet the requirements of the *Code of Civil Procedure*. In the course of his judgment for the Court, Taschereau J. said at p. 649:

[TRANSLATION] However, as can be seen, the chapter of the Code of Civil Procedure dealing with the submission applies only where a dispute already exists between the parties or is about to occur. In the case at bar the parties agreed to submit to the jurisdiction of an arbitrator to settle a future event. This is accordingly not the submission contemplated by art. 1431 C.C.P.

Similar comments are to be found in *McKay v. Mackedie* (1897), 11 C.S. 513, at p. 515, and *Chamberland v. Corporation du Village de Mont-Joli* (1936), 74 C.S. 529, at p. 531, and in Johnson, *op. cit.*, at p. 16:

By force of art. 1431 C.P., a submission or *compromis* is entered upon "in order to prevent or to put an end to a lawsuit".

It is not necessary that a lawsuit be actually threatened or existing. Article 1434 requires that the submission must state the "object of dispute". In a word, there must be some defined and disputed or disputable *différend* involving adverse interests, susceptible of leading to litigation. It is said that the dispute must be *né*, a live and existing difference calling for adjustment. If it is not *né*, there is nothing to decide, no object.

The contracting parties may certainly make a third party responsible for arriving at a final and binding determination of one of the components of a contract. The most common example is, of course, the setting of a price in a contract of sale. If, however, such determination does not result in

sente aucune ambiguïté, particulièrement lorsqu'on s'en rapporte à sa version anglaise, et aussi de l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux.

Malgré que le débat ait porté sur la validité de la clause compromissoire, l'arrêt *Corporation du Village de Tadoussac v. Brisson*, [1959] B.R. 644, en fournit une bonne illustration. L'acte de vente d'un terrain stipulait que l'acheteur devait garder le vendeur à son emploi à moins que trois arbitres, choisis par les parties, ne le démettent de ses fonctions. Suspendu, le vendeur poursuivit l'acheteur qui plaida ne pas être tenu à l'arbitrage parce que la convention à cet égard n'était pas conforme aux dispositions du *Code de procédure civile*. Dans le cours du jugement rendu au nom de la Cour, le juge Taschereau affirmait à la p. 649:

Mais, comme on le voit, le chapitre du Code de procédure civile concernant le compromis ne s'applique que dans le cas où une contestation entre les parties existe déjà ou est sur le point de naître. Or, dans l'espèce, les parties ont convenu de se soumettre à la juridiction arbitrale pour régler un événement futur. En conséquence, il ne s'agit pas du compromis prévu à l'art. 1431 C.P.

On retrouve des commentaires au même effet dans les affaires *McKay v. Mackedie* (1897), 11 C.S. 513 à la p. 515, et *Chamberland v. Corporation du Village de Mont-Joli* (1936), 74 C.S. 529, à la p. 531, ainsi que dans Johnson, *op. cit.*, à la p. 16:

[TRADUCTION] Aux termes de l'art. 1431 C.P., un compromis est fait «pour éviter un litige ou y mettre fin».

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait menace de poursuites ou que des poursuites aient effectivement été intentées. L'article 1434 exige que le compromis fasse état de l'«objet en litige». En un mot, il doit exister un différend précis, contesté ou contestable, mettant aux prises des intérêts opposés et susceptible d'entraîner un recours en justice. On affirme que le différend doit être *né*, ce qui fait toute la différence. S'il n'est pas *né*, il n'y a rien à trancher, il n'y a pas d'objet.

Il est certes loisible à des parties contractantes de confier à une tierce partie la tâche de déterminer définitivement et obligatoirement l'un des éléments d'un contrat. L'exemple le plus courant a évidemment trait à la fixation du prix en matière de contrat de vente. Il ne saurait cependant être

a dispute and the contract does not disclose an intention of the parties to submit such dispute to the strict judicial investigation of an arbitrator, there can be no question of arbitration.

In *Beaudoin v. Rodrigue*, [1952] Q.B. 83, the Court of Queen's Bench, while finding that there was no sale because the price was not stated in the contract, nonetheless held, like Pothier, that it will suffice if the price can be determined by "an arbitrator or by experts". However, in that case the Court did not make a decision as to the status of the third party responsible for determining the selling price. The Chief Justice of the Quebec Court of Appeal came to a similar conclusion in *St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp.*, Mtl. C.A., No. 500-09-000639-765, November 17, 1976, not reported, cited in *Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée*, [1983] C.S. 897, at p. 900 (judgment appealed, No. 500-09-001019-835). Pourcelet, *La vente* (5^e éd. 1987), at p. 80, and Rousseau-Houle, *Précis de droit de la vente et du louage* (2^e éd. 1986), at p. 81, are of the same opinion. This mechanism, which is not expressly provided for in the *Civil Code of Lower Canada*, does however exist in art. 1592 of the French *Code civil*, which states that the price [TRANSLATION] "... may be left to the arbitration of a third party; if the third party is unwilling or unable to make an estimate, there is no sale". The interpretation of this article has caused some difficulty in France, because of the use of the word "arbitration" in a provision which is more similar to an expert opinion than a true arbitration. Commentators now consider that this procedure cannot be regarded as arbitration, since the parties have not agreed, as stated in art. 1592 of the French Code, to submit a present and existing dispute to the jurisdiction of a third party. Robert, *L'arbitrage: droit interne, droit international privé* (5^e éd. 1983), says at p. 7:

[TRANSLATION] It is beyond question that the cause of the two possible types of intervention is different. In the (broad) case of art. 1592, the joint action of the parties is indicated by their intent to be bound by contractual obligations. In the case of arbitration, the existence of a common intent is found only when a difference of opinion arises as to the existence of a right,

question d'arbitrage si la détermination d'un élément du contrat ne résulte pas de la survenance d'un différend et de la volonté des parties de soumettre ce différend au pouvoir juridictionnel d'un arbitre.

Dans l'arrêt *Beaudoin v. Rodrigue*, [1952] B.R. 83, la Cour du Banc de la Reine, tout en déclarant qu'il n'y avait pas eu vente faute de mention du prix au contrat, affirmait néanmoins, à l'instar de Pothier, qu'il suffit que le prix puisse être déterminé par «un arbitre ou par des experts». Il ne s'agissait toutefois pas dans cette affaire de qualifier le statut de ce tiers chargé de déterminer le prix de vente. Le Juge en chef de la Cour d'appel du Québec s'exprimait dans le même sens dans *St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp.*, C.A. Mtl., n^o 500-09-000639-765, le 17 novembre 1976, non rapporté, cité dans *Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée*, [1983] C.S. 897, à la p. 900 (jugement porté en appel, n^o 500-09-001019-835). Pourcelet, *La vente* (5^e éd. 1987), à la p. 80, et Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage* (2^e éd. 1986), à la p. 81, partagent la même opinion. Ce mécanisme, qui n'est pas expressément prévu au *Code civil du Bas-Canada*, se retrouve cependant à l'art. 1592 du *Code civil* français qui énonce que le prix «... peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente». L'interprétation de cet article a soulevé en France certaines difficultés résultant de l'emploi du terme «arbitrage» dans une disposition qui correspond plus à une expertise qu'à un véritable arbitrage. Aujourd'hui, la doctrine enseigne que cette procédure ne peut être qualifiée d'arbitrage puisque les parties n'entendent pas, aux termes de l'art. 1592 du Code français, soumettre un différend né et actuel à la juridiction d'un tiers. Robert, *L'arbitrage: droit interne, droit international privé* (5^e éd. 1983), affirme à la p. 7:

Il est bien certain que la cause des deux types possibles d'intervention est différente. Dans le cas (étendu) de l'article 1592, le concours des parties s'établit dans leur volonté d'être liées par des obligations synallagmatiques. S'agissant de l'arbitrage, la communauté de volontés ne s'établit qu'à partir d'un constat de divergence

which then gives rise to the intent to resolve that difference.

I note here that French commentators distinguish “contractual” from “jurisdictional” arbitration, the first applying to the clarification or revision of a contract and the second to arbitration as such, the purpose of which is to resolve a dispute. This terminology, which derives from art. 1592 of the French *Code civil*, does not apply in Quebec since the French art. 1592 has no equivalent in the *Code of Civil Procedure* or the *Civil Code*. The question here is not whether the recourse to a third party to determine one of the components of a contract is lawful—that is well established—but whether the agreement of the parties in this regard results in an arbitration. Professor Brierley properly points out:

[TRANSLATION] **15. Completion and Revision of Contracts**

40. Contracting parties may provide for the intervention of a third party, designated an “arbitrator” or otherwise, whose function is to provide a part of the contract in order to perfect or to revise it. This part may be necessary to its initial formation or to its subsequent revision, so that in the long term the contract can continue to be binding on the parties.

41. The technique is covered by the wording of art. 1592 of the French *Code civil*, which provides that in a contract of sale the price can be left to the “arbitration of a third party”. The article also states that if the third party does not make an estimate, there will be no sale. Clearly, the reason is that no sale will exist in that case since the setting of a price is essential for it to be perfected. This technique may be extended to other areas, such as rentals, where it may be necessary to revise the amount of the rental.

42. There is no comparable provision in the *Civil Code of Lower Canada*, but the absence of any provision is not an obstacle to the inclusion of such a clause under the general rules of contract law. This has already been quite properly held by the Court of Appeal. The question then is not whether such a clause is lawful, but as to its legal effects. Is the arbitration of a part of a contract, such as the setting of a price, arbitration consistent with the rules of arbitration in question here?

43. The temptation at once arises to see in this not an arbitration but a request to a common mandatary of the

quant à l'existence d'un droit, qui donne sa cause à la volonté de trancher cette divergence.

Je note ici que les auteurs français distinguent l'arbitrage «contractuel» de l'arbitrage «jurisdictionnel», le premier s'appliquant à la perfection ou la révision d'un contrat, le second visant l'arbitrage proprement dit, dont la fonction est de trancher un différend. Cette terminologie, qui découle de l'art. 1592 du *Code civil* français, ne s'impose pas au Québec puisque l'art. 1592 français n'a pas son pendant au *Code de procédure civile* ni au *Code civil*. La question, en effet, n'est pas ici de savoir si le recours à un tiers pour déterminer l'un des éléments d'un contrat est ou non licite, ceci est bien établi, mais plutôt de savoir si la convention des parties à cet égard constitue ou non un arbitrage comme le souligne avec justesse le professeur Brierley:

15. Perfection et révision des contrats

40. Des parties contractantes peuvent pourvoir à l'intervention d'une tierce personne, nommée «arbitre» ou autrement, dont la fonction consiste à fournir un élément du contrat afin de le perfectionner ou de le réviser. Cet élément pourrait être nécessaire à sa formation initiale ou encore à sa révision subséquente afin que le contrat à long terme puisse continuer à régir les parties.

41. La technique est envisagée dans le texte de l'article 1592 du *Code civil français*, qui dispose que le prix, dans le contrat de vente, peut être laissé à «l'arbitrage d'un tiers». L'article précise aussi que, si le tiers ne fait pas l'estimation, il n'y a point de vente. La raison en est, on le sait, qu'il n'y a pas alors de vente, puisque la précision du prix est essentielle à son perfectionnement. Cette technique pourrait être étendue à d'autres domaines, le louage par exemple, où il s'agirait de réviser le montant du loyer.

42. Il n'y a pas de texte comparable dans le *Code civil du Bas-Canada*, mais l'absence de texte ne fait pas obstacle à l'inclusion d'une telle clause selon les principes généraux du droit contractuel. Il en a déjà été décidé ainsi, et avec raison, par la Cour d'appel. La question n'est pas alors de savoir si une telle clause est licite mais plutôt de préciser ses effets juridiques. En effet, l'arbitrage d'un élément d'un contrat, par exemple l'estimation du prix, constitue-t-il un arbitrage soumis aux articles du régime de l'arbitrage qui nous intéresse?

43. D'emblée, on serait tenté de voir, plutôt qu'un arbitrage, une expertise confiée à un mandataire

parties for an expert opinion. This would accordingly be an expert opinion accepted in advance by the parties, which agreed that whatever conclusion the expert arrived at would be binding on them. In such a case the function of the so-called "arbitrator" would be characterized as "legislative" rather than "decisional". An arbitrator, on the other hand, who may also be an expert, performs a judicial function: he *decides* a dispute referred to him, after observing, as an ordinary judge would do, the requirement that both sides be heard, that is, after hearing evidence and argument concerning a disputed relationship.

(Brierley, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", [1987] *C.P. du N.* 507, at pp. 535-36.)

If nothing prevents recourse to a third party to determine a component of the contract, as here, for that third party to be classified as an arbitrator with all the resulting legal consequences, it is essential for the agreement of the parties to contain the components of a submission, whether or not this submission is the result of an undertaking to arbitrate. The search for the components of a submission naturally does not present any difficulty when the parties have clearly indicated their intent to have the dispute between them arbitrated, and have clearly identified that dispute. The failure of the parties to express themselves clearly in this regard, as often happens, has resulted in the development, at common law as well as in French and Quebec law, of various means of determining the true nature of the "mission" they intended to give the third party, the nature and extent of whose powers will only be a corollary of that mission. It has to be recognized that, except for the observations of Brierley, neither the courts nor academic writers have drawn a very clear line of demarcation between the various possible types of intervention. This is particularly true of expert opinions as compared with arbitration. Referring nevertheless to the definition of a submission in art. 1341 of the 1867 *Code of Civil Procedure* and to the old French law sources on which it is based, as well as to arts. 940 and 951, introduced in the 1965 revision, it would appear that arbitration as seen by the Quebec legislator at the time, and in my opinion even since the 1986 amendments, is the end result of a process which necessarily involves

commun des parties. Il s'agirait ainsi d'une expertise acceptée à l'avance par les parties qui auraient convenu que le résultat auquel l'expert arriverait serait, pour elles, obligatoire. La fonction du soi-disant «arbitre» serait dans ce cas qualifiée de «législative» plutôt que «décisionnelle». L'arbitre, par contre, qui pourrait être lui aussi un expert, remplit une fonction judiciaire: il *juge* un différend à lui déféré, après avoir observé, comme un juge ordinaire l'aurait fait, le principe du contradictoire, c'est-à-dire après avoir reçu les preuves et arguments au sujet d'un rapport conflictuel.

(Brierley, «La convention d'arbitrage en droit québécois interne», [1987] *C.P. du N.* 507, aux pp. 535 et 536.)

Si rien ne s'oppose à ce qu'on ait recours à un tiers pour établir un élément du contrat, comme c'est le cas ici, pour que ce tiers puisse être qualifié d'arbitre avec toutes les conséquences juridiques que ceci implique, il est essentiel que se retrouvent à la convention des parties les éléments d'un compromis, ce compromis fût-il ou non le résultat d'une clause compromissoire. Cette recherche des éléments d'un compromis ne pose évidemment aucune difficulté lorsque les parties ont clairement indiqué leur intention de faire arbitrer le différend qui les oppose, différend qu'elles ont clairement identifié. Le défaut des parties de s'exprimer clairement à ce sujet, comme c'est souvent le cas, a donné lieu à l'élaboration, en *common law* comme en droit français et en droit québécois, de divers moyens susceptibles de déterminer la nature véritable de la «mission» qu'elles ont entendu confier à ce tiers dont la nature et l'étendue des pouvoirs ne seront que le corollaire. Parmi les nombreux types d'intervention possibles, à l'exception des propos tenus par Brierley, force nous est d'admettre que ni la jurisprudence ni la doctrine ne tracent une ligne de démarcation très nette. Ceci est particulièrement vrai de l'expertise par rapport à l'arbitrage. Nous reportant néanmoins à la définition du compromis de l'art. 1341 du *Code de procédure civile* de 1867 et aux sources de l'ancien droit français dont il est inspiré ainsi qu'aux art. 940 et 951 introduits lors de la refonte de 1965, la conclusion semble s'imposer que l'arbitrage, tel que conçu par le législateur québécois à l'époque et à mon avis même depuis les modifications de 1986, est l'aboutissement

the parties' making a submission, whether following an undertaking to arbitrate or not. The first condition of the submission stage is the existence of a dispute. If the parties simply intended to avoid a possible dispute, the situation is not one of submission. However, once a dispute has arisen, they may have agreed to submit to the arbitration of a third party pursuant to an undertaking to arbitrate—the prerequisite to a submission. I will make further reference to this below. For the moment, suffice it to say that if there is no existing dispute, we cannot speak of arbitration.

Beyond the requirement of a clearly identified dispute which will be the subject of the arbitration, the parties must have undertaken to submit that dispute to a third party, and I think it is crucial to identify the precise function the parties intended to entrust to this third party under their agreement and in the circumstances of each case. This intent may be inferred from the rules developed by academic writers and the courts in Quebec and in France, as the sources of both systems are equally derived from old French law and the evolution of the provisions of both systems on the matter has taken the same course.

I will review some of these criteria, which though useful are neither exhaustive nor conclusive, but may serve as a guide in determining an intent which is often far from easy to identify. The language used by the parties may indicate their intent to submit a dispute either to arbitration or to an expert opinion. For example, the title given to the contract, the fact that the same word is used uniformly in various documents or the absence of any reference to one procedure rather than another may be taken into consideration in deciding the nature of the process contemplated by the parties. However, the courts are not bound by the terms chosen deliberately or otherwise by the parties, as these terms may well not correspond to the true intent appearing from other criteria.

One of the principal aspects that emerges from an analysis of the *Code of Civil Procedure*, academic opinion and the case law is the similarity that must exist between arbitration and the judi-

tissement d'un processus qui implique nécessairement que les parties passent compromis, suite ou non à une clause compromissoire. Or l'étape du compromis nécessite, comme première condition, l'existence d'un différend. Si les parties ont simplement envisagé d'éviter une dispute éventuelle, il ne s'agit pas d'un arbitrage. Cependant, elles ont pu convenir de se soumettre éventuellement à l'arbitrage d'un tiers, une fois le différend né, par le biais d'une clause compromissoire, étape préliminaire à l'arbitrage. J'y reviendrai. Pour le moment, il suffit de dire qu'en l'absence d'un différend né, on ne saurait parler d'arbitrage.

Au-delà de la nécessité d'un différend bien identifié qui fera l'objet de l'arbitrage, les parties doivent s'être obligées à soumettre ce différend à un tiers dont il m'apparaît crucial d'identifier la fonction précise que les parties ont entendu lui confier au regard des termes de leur entente et des circonstances de chaque espèce. Cette intention pourra s'inférer des critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence tant au Québec qu'en France, les sources de notre droit étant identiquement tributaires de l'ancien droit français et l'évolution de nos dispositions en la matière ayant suivi la même courbe.

Je me permets de rappeler certains de ces critères qui, s'ils sont utiles, ne sont ni exhaustifs ni déterminants mais peuvent servir de guide dans la recherche d'une intention qu'il sera souvent loin d'être facile de dégager. Le langage utilisé par les parties peut être indicatif de leur volonté de soumettre un différend à l'arbitrage ou à l'expertise. Par exemple, le titre donné au contrat, le fait que le même terme soit employé de façon uniforme dans les divers documents ou encore l'absence de référence à une procédure plutôt qu'à une autre peuvent être pris en considération dans la qualification du mécanisme envisagé par les parties. Toutefois, les tribunaux ne sont pas liés par les termes choisis consciemment ou non par les parties, termes qui peuvent fort bien ne pas correspondre à l'intention véritable qui se dégage d'autres critères.

L'un des aspects principaux qui ressort de l'analyse du *Code de procédure civile*, de la doctrine et de la jurisprudence est la similitude que doit avoir l'arbitrage avec le processus judiciaire. Plus la

cial process. The greater the similarity, the greater the likelihood that reference to a third party will be characterized as arbitration. The facts that the parties have the right to be heard, to argue, to present testimonial or documentary evidence, that lawyers are present at the hearing and that the third party delivers an arbitration award with reasons establish a closer likeness to the adversarial process than the expert opinion and tend to establish that the parties meant to submit to arbitration. The fact that the decision is final and binding is also indicative of an arbitration, but contrary to what was argued by respondents, that criterion is not exclusive to arbitration.

The function assigned to the third party is indicative of the status conferred on him by the parties. If the third party has to decide between opposing arguments presented by the parties on a given point, we are much closer to arbitration. If, however, the parties call on a third party solely to supply a necessary component of the contract, it is less certain that they intended to submit a present dispute to the third party, but rather tried to ensure that such a dispute did not arise, unless there are other criteria to the contrary. In the same vein, is the third party called on to make a decision in light of his personal knowledge or must he choose among the various positions put forward by the parties concerned? In the first case, the situation will probably be one of an expert opinion, while in the second it will probably be an arbitration.

Moreover, if the third party is to be an arbitrator, he cannot act as the mandatary of one of the parties. For example, the fact that he has a special connection with one of them or that he is paid by only one of them seems inconsistent with the concept of impartiality, a fundamental characteristic of arbitration. Compliance by the parties with the mandatory provisions of the Code is an essential condition of arbitration. At the time the submission had, *inter alia*, to be in writing and contain the requirements set out in the old art. 941 of the *Code of Civil Procedure* (now art. 1926.3 C.C.L.C.); there had to be one or three arbitrators (art. 941 C.C.P.); the parties could not undertake to arbitrate the matters listed in art. 940 of the

similarité est grande, plus la probabilité que le recours au tiers soit qualifié d'arbitrage augmente. La possibilité pour les parties d'être entendues, de plaider, de présenter une preuve, testimoniale ou documentaire, la présence d'avocats lors de l'enquête, le fait que le tiers rende une sentence arbitrale motivée participent beaucoup plus du contradictoire que de l'expertise et tendent à démontrer la volonté des parties de se soumettre à un arbitrage. Le fait que la décision soit finale et obligatoire est également indicatif d'un arbitrage, mais, contrairement à ce que prétendent les intimés, n'en constitue pas l'apanage exclusif.

Le rôle confié au tiers est indicatif du statut que lui ont conféré les parties. Si le tiers doit juger entre des prétentions contradictoires sur un point donné, nous sommes beaucoup plus près de l'arbitrage. Par ailleurs, si les parties ont fait appel à un tiers uniquement afin de compléter un élément du contrat, il est moins certain qu'elles aient entendu soumettre un différend né à ce tiers mais elles ont plutôt voulu éviter la naissance d'un tel différend, à moins d'autres critères à l'effet contraire. Dans la même veine, le tiers est-il appelé à décider en fonction de ses connaissances personnelles ou doit-il plutôt choisir entre les diverses positions soutenues par les parties en présence? Dans la première hypothèse, il s'agit vraisemblablement d'une expertise alors que dans la seconde on serait tenté d'y voir un arbitrage.

D'autre part, le tiers, pour être arbitre, ne saurait agir à titre de mandataire de l'une des parties. Par exemple, le fait qu'il détienne des liens particuliers avec l'une d'elles ou encore qu'il soit rémunéré par l'une d'elles seulement semble incompatible avec le concept d'impartialité, caractéristique fondamentale de l'arbitrage. Le respect par les parties des dispositions impératives du Code est une condition essentielle de l'arbitrage. Entre autres, à l'époque, le compromis devait être constaté par écrit et se conformer aux exigences prévues à l'ancien art. 941 du *Code de procédure civile* (aujourd'hui l'art. 1926.3 C.c.B.-C.); les arbitres devaient être au nombre de un ou trois (art. 941 C.p.c.); les parties ne pouvaient compro-

Code of Civil Procedure (now art. 1926.2 C.C.L.C.); the arbitral award had to be supported by reasons and signed (art. 948 C.C.P., now art. 945.2 C.C.P.)

All these criteria are means of determining the true intent of the parties. However, a caveat is necessary at this point. The foregoing criteria are not necessarily exhaustive, nor are they mutually exclusive, in the sense that they may occur together and even merge into one another. They do not all have to be existing, still less be unanimously in favour of one position or another. The criteria, as their name suggests, are in fact only tools used to determine the intention disclosed by the documents and other instruments, in order to establish the function the parties actually meant to assign to the third party chosen by them.

It goes without saying that I only rule on these criteria, developed from Quebec law and French law, in the context of Quebec civil law.

8— *Analysis*

The foregoing must now be applied to the facts of the case at bar so as to determine whether agreement P-1, signed on December 17, 1982, and in particular clause 2.01, read together with the letter of the same date from CCM to appellant (Exhibit DP-1), the letter of January 20 from CCM to respondents (Exhibit P-4) and the letter of respondents dated the same day to CCM and Gestion R.A.D. (Exhibit P-3) contain an agreement to arbitrate or simply an agreement to obtain a professional opinion from a common mandatary.

As was pointed out by LeBel J.A., the wording of the agreements and the exchange of correspondence between the parties contain [TRANSLATION] “obscurities which make it difficult to categorize appellants’ function in legal terms” (p. 392).

Did a dispute exist between the parties?

When the purchase offers were signed, there was no dispute yet between the parties as to the

mettre sur les matières énumérées à l’art. 940 du *Code de procédure civile* (aujourd’hui l’art. 1926.2 C.c.B.-C.); la sentence arbitrale devait être motivée et signée (l’art. 948 C.p.c., aujourd’hui l’art. 945.2 C.p.c.)

Tous ces critères permettent de déceler l’intention véritable des parties. Une mise en garde s’impose toutefois. Si les critères énumérés ci-dessus ne sont pas nécessairement exhaustifs, ils ne sont pas non plus mutuellement exclusifs en ce sens qu’ils peuvent s’intégrer et même se fondre les uns dans les autres. Il n’est pas nécessaire qu’ils soient tous présents et encore moins qu’ils concordent en faveur d’une position ou d’une autre. Les critères ne sont en fait que des outils servant à cerner l’intention qui se dégage des documents et autres instruments pour déterminer quelle tâche les parties ont véritablement voulu confier au tiers qu’elles ont choisi.

Il va sans dire que je ne me prononce, quant à ces critères, développés à partir du droit québécois et du droit français, que dans le contexte du droit civil québécois.

8— *Analyse*

Il y a lieu maintenant d’appliquer ces données aux faits de l’espèce afin de déterminer si la convention P-1 signée le 17 décembre 1982, et en particulier la clause 2.01 lue en conjonction avec la lettre du même jour de CCM à l’appelante (Pièce DP-1), la lettre du 20 janvier de CCM aux intimés (Pièce P-4) et celle des intimés datée du même jour adressée à CCM et Gestion R.A.D. (Pièce P-3), contiennent une convention d’arbitrage (clause compromissoire ou compromis) ou simplement une entente en vue d’obtenir une opinion professionnelle d’un mandataire commun.

Comme le souligne le juge LeBel de la Cour d’appel, la rédaction des conventions et les échanges de correspondance entre les parties comportent «des obscurités qui ne rendent pas facile la qualification juridique de la fonction des appelants» (p. 392).

Existait-il un différend né entre les parties?

Lors de la signature des offres d’achat, aucun différend n’opposait encore les parties quant à la

value of the stock in the Winter Goods Division. The parties had not yet done an inventory, and *a fortiori*, had not valued it. The primary purpose of clause 2.01 was to establish a process allowing the parties to determine one of the essential components of the contract, namely the price.

Disagreement as to the value of the inventory only arose once the transaction had been completed, that is after the valuation had been checked by respondents on January 20, 1983. Until that time, no dispute could have existed between the parties since the valuation was not complete, so that neither appellant nor the other parties involved would have had the information necessary to challenge the value assigned to the inventory.

There was so little dispute between the parties at that date that appellant paid the agreed selling price of \$3,798,000 on the basis of the certificate issued by respondents. It was not until after appellant took possession of the inventory that it allegedly found the value of the latter to be less than certified by respondents.

Was there before that date a potential dispute or one that was about to arise, as respondents maintained? While any agreement contains the germ of a possible dispute, that is not the criterion we must use in determining the existence of the arbitration mechanism. There must be a measure of reality to the possibility, a basis in fact. At the time the parties entered into their contract, they clearly did not have a dispute in mind: indeed, in accepting the certificate offered by the seller, appellant made certain, or thought it had made certain, there would be no dispute. It is hard to see what other reason or necessity there could have been for such a certificate, except to be a guarantee to the buyer, which did not have possession of the inventory and was not in a position to value it, of the accuracy of the amount represented by the seller, which formed the selling price.

If at the time appellant signed the deed of sale it had foreseen the likelihood of a dispute about the price of the inventory sold, would it have relied on the seller's auditors, paid by the seller, and given it

valeur des stocks du «Winter Goods Division». Les parties n'avaient pas encore procédé à l'inventaire et, à fortiori, ne l'avaient pas évalué. L'objet de la clause 2.01 visait en premier lieu à instituer un mécanisme permettant aux parties de déterminer l'un des éléments essentiels du contrat, c'est-à-dire le prix.

Le désaccord quant à la valeur des stocks n'est survenu qu'une fois l'achat complété, soit après que l'évaluation eut été vérifiée par les intimés, le 20 janvier 1983. Avant cette date, aucun différend ne pouvait exister entre les parties puisque l'évaluation n'était pas complète, de telle sorte que ni l'appelante, ni les autres parties en cause ne détenaient les données nécessaires leur donnant la possibilité de contester la valeur attribuée à l'inventaire.

Il existait si peu de différend entre les parties à cette date que l'appelante, sur la foi du certificat délivré par les intimés, acquitta le prix de vente convenu de 3 798 000 \$. Ce n'est qu'après que l'appelante eut pris possession des stocks qu'elle constata, selon ses prétentions, que leur valeur était inférieure à celle certifiée par les intimés.

Existait-il, avant cette date, un différend éventuel ou sur le point de naître comme le prétendent les intimés? Si on peut dire que toute entente porte en soi le germe d'une dispute éventuelle, ce n'est toutefois pas là le critère qui doit nous guider pour déterminer de la mise en marche du mécanisme de l'arbitrage. Cette éventualité doit avoir un air de réalité, une base dans les faits. Au moment où les parties ont contracté, elles n'envisageaient sûrement pas un différend si peu en fait qu'en acceptant le certificat que lui proposait le vendeur, l'appelante s'assurait qu'il n'y aurait pas de différend ou du moins a cru l'assurer. On ne voit pas autrement la raison ou la nécessité de tel certificat si ce n'est qu'il s'avérait une garantie pour l'acheteur, non en possession du stock et non en mesure de l'évaluer, de l'exactitude du montant, représenté par le vendeur, qui constituait le prix de vente.

Si l'appelante s'était trouvée, au moment de la signature de l'acte de vente, devant l'éventualité d'un différend relativement au prix des stocks vendus, peut-on concevoir qu'elle s'en serait remise

the responsibility of resolving the dispute impartially in accordance with the rules inherent in arbitral awards? This is one of the rare cases where this intent can be verified from the clause in the contract which the parties later deleted: in the event of a dispute clearly identified the clause provided for the impartiality of an arbitrator, and the appointment of another arbitrator selected by appellant, the two arbitrators having the right in certain circumstances to appoint a third. I reproduce this clause below.

In my opinion it follows from this that neither at the time they signed their agreement nor when respondents intervened was there any dispute or potential dispute between the parties that could be the subject of a submission. Accordingly, it is not possible to speak of an arbitration here.

Strictly speaking, this is conclusive. If however it is really necessary to determine the parties' intent, an exercise which the parties themselves asked the Court to undertake, an analysis of the agreements concluded confirms that no dispute existed between them and that, in any case, the parties did not intend to submit such a dispute to the arbitration of respondents.

None of the documents containing the agreement uses the words "arbitrators" or "arbitration" or refers to any other expression suggesting arbitration. On the contrary, in the agreement initialled by the parties (Exhibit P-1), the heading under which clause 2.01 occurs is entitled "Valuation of Inventory" and in it the parties state that the inventory will be "counted or verified by representatives of CCM Inc., the Vendor and the Purchaser and shall be valued by CCM Inc., the Vendor and the Purchaser . . . to be reviewed by CCM Inc.'s auditors, Messrs. Zittler, Siblin, Stein & Levine, Chartered Accountants, who shall . . . deliver a written opinion . . . to the effect that such inventory count and valuation is fairly presented . . . the whole at the cost of CCM Inc. Upon delivery of such opinion . . ."

 (Emphasis added.)

The letter of December 17, 1982 (Exhibit DP-1) uses the same word "valuation" in concluding

aux auditeurs de CCM, rémunérés par CCM, pour leur confier la tâche de trancher ce différend de façon impartiale en respectant les règles inhérentes aux décisions arbitrales? On peut ici, comme c'est rarement le cas, vérifier cette intention à partir de la clause du contrat que les parties ont par la suite biffée: dans l'éventualité d'un différend, qu'on mentionnait clairement, on s'assurait de l'impartialité de l'arbitre, et de la nomination d'un autre arbitre, choisi par l'appelante, les deux arbitres devant, dans une situation donnée, en nommer un troisième. Je reproduis cette clause plus loin.

À mon avis, il découle de ceci qu'il n'existait entre les parties, ni au moment de la signature de leur convention ni lors de l'intervention des intimés, aucun différend non plus qu'un différend éventuel qui puisse faire l'objet d'un compromis. On ne saurait donc parler d'arbitrage.

En principe ceci est déterminant. Si tant est toutefois qu'il soit nécessaire de dégager l'intention des parties, exercice auquel les parties elles-mêmes nous ont conviés, l'analyse des conventions intervenues confirme qu'il n'existait pas de différend entre elles et qu'à tout événement, les parties n'ont pas entendu se soumettre à l'arbitrage des intimés.

Aucune des pièces de l'entente n'emploie les termes «arbitres» ou «arbitrage» ou ne réfère à quelque autre expression impliquant l'idée d'arbitrage. Au contraire, dans l'entente paraphée par les parties (Pièce P-1), le titre sous lequel s'insère la clause 2.01 s'intitule [TRADUCTION] «Évaluation du stock» et les parties y déclarent que le stock sera [TRADUCTION] «compté ou vérifié par des représentants de CCM Inc., du vendeur et de l'acheteur et [sera] évalué par CCM Inc., le vendeur et l'acheteur [. . . pour être] révisé[. . .] par les vérificateurs de CCM Inc., MM. Zittler, Siblin, Stein & Levine, comptables agréés, qui [. . .] remettront un avis écrit [. . .] selon lequel le compte et l'évaluation du stock sont présentés de manière fidèle [. . .] le tout uniquement au frais de CCM Inc. À la remise d'une telle opinion . . . » (Je souligne.)

La lettre du 17 décembre 1982 (Pièce DP-1) utilise les mêmes expressions [TRADUCTION] «éva-

“However, in determining the final valuation of . . . the opinion of Messrs. Zittler . . .” In their letter of January 20, 1983 (Exhibit P-3) the said respondents told the parties that “Our examination was made in accordance with generally accepted auditing standards . . . In our opinion . . . the valuation thereof . . .” (Emphasis added.)

The language used by the parties *prima facie* resembles that of a request for an expert opinion.

It should be noted at this stage that the original agreement was modified. Certain conditions were added by hand in the margin of clause 2.01. For greater clarity, I again reproduce this clause with the handwritten notes inserted at the appropriate place, underlined and identified by square brackets.

2.01 Vendor and Purchaser hereby agree that the inventory described in Section 1.01 (a) above will be counted or verified by representatives of CCM Inc. the Vendor and the Purchaser and shall be valued by CCM Inc., the Vendor and the Purchaser on a going concern basis at the lower of cost or net realizable value and on a basis consistent with prior years, such count and valuation of the inventory described in Section 1.01 (a) to be reviewed by CCM Inc.'s auditors, Messrs. Zittler, Siblin, Stein & Levine, Chartered Accountants, [who shall take into consideration the representations of Sport Maska Inc. as to the valuation of the inventory and the said accountants shall] deliver a written opinion to CCM Inc., to the Vendor and the Purchaser to the effect that such inventory count and valuation is fairly presented [or should be modified or adjusted], the whole at the cost of CCM Inc. Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation shall be deemed to be definitively determined for all purposes in connection with this Offer.

These handwritten additions appear to result from the striking out of a paragraph which was in the original clause 2.01, and at first sight appeared to be a true undertaking to arbitrate. This paragraph read as follows:

In the event of a dispute between the parties with respect to the valuation as aforesaid, same shall be submitted to arbitration to Messrs. Zittler, Siblin et al and a firm of accountants appointed by Purchaser; the said firms shall then review the valuation and if the difference between them does not exceed One Hundred

«Toute-fois, pour fixer la valeur finale du [. . .] l'opinion de MM. Zittler . . .» Ces mêmes intimés dans leur lettre du 20 janvier 1983 (Pièce P-3) informent les parties que [TRADUCTION] «Notre examen a été fait conformément aux normes de vérification généralement reconnues [. . .] À notre avis [. . .] évaluation . . .» (Je souligne.)

Les termes utilisés par les parties tiennent *prima facie* de l'expertise.

Il importe de noter à ce stade que la convention originale a fait l'objet de modifications. Certaines conditions furent ajoutées à la main en marge de la clause 2.01. Pour une meilleure compréhension, je reproduis de nouveau cette dernière avec les notes manuscrites insérées à l'endroit approprié que je souligne et identifie par des crochets.

[TRADUCTION] 2.01 Le vendeur et l'acheteur acceptent par la présente que le stock décrit à la clause 1.01a) mentionnée précédemment soit compté ou vérifié par des représentants de CCM Inc., du vendeur et de l'acheteur et soit évalué par CCM Inc., le vendeur et l'acheteur selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette, selon ce qui sera le moins élevé, conformément aux années précédentes, que ce compte et cette évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) soient révisés par les vérificateurs de CCM Inc., MM. Zittler, Siblin, Stein & Levine, comptables agréés, [qui tiendront compte des arguments de Sport Maska Inc. en ce qui concerne l'évaluation du stock et lesdits comptables] remettront un avis écrit à CCM Inc., au vendeur et à l'acheteur selon lequel le compte et l'évaluation du stock sont présentés de manière fidèle, [ou devraient être modifiés ou rajustés] le tout uniquement au frais de CCM Inc. À la remise d'une telle opinion, le compte et l'évaluation du stock sont présumés être déterminés de façon définitive en ce qui a trait à la présente offre.

Ces ajouts manuscrits semblent résulter de la suppression d'un paragraphe faisant partie de la clause 2.01 originale qui, de prime abord, constituait une véritable clause compromissoire. Ce paragraphe se lisait comme suit:

[TRADUCTION] En cas de dispute entre les parties en ce qui a trait à l'évaluation mentionnée précédemment, elle doit être soumise à l'arbitrage de MM. Zittler, Siblin et autres et d'un cabinet d'experts-comptables nommé par l'acheteur, lesdits cabinets doivent ensuite examiner l'évaluation et si la différence entre eux ne

Thousand Dollars (\$100,000.00), it shall be divided between the Vendor and the Purchaser, and, if it exceeds One Hundred Thousand Dollars (\$100,000.00), the said firms shall choose a third firm of accountants whose decision shall be binding on all parties. The cost of the arbitration shall be borne equally by the parties.

The last part of the last sentence in clause 2.01 was also deleted. It read as follows:

Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation shall be deemed to be definitively determined for all purposes in connection with this Offer, [provided same is concurred in by the Purchaser.]

The parties here deliberately rejected recourse to arbitration. It will be noted that the undertaking to arbitrate, which was deleted, resembled a submission, bringing an arbitration about, as it provided for the appointment of three arbitrators, division of costs and so on. I find it hard to see how, having ruled out arbitration, the parties could at the same time have chosen to resort to it.

In view of the bankrupt condition of CCM, it would appear that the time factor was an essential element of the sale of the inventory for its creditors and shareholders. The speed with which the sale was concluded supports this assumption. The purchase offer was completed on December 17, 1982 and the closing date set at January 21 following, implying that the inventory was to be finalized and the valuation completed by that date.

From this I conclude that the parties agreed to delete what might have constituted a true arbitration agreement, possibly in order to avoid any delay in concluding the contract or for some other reason which they did not see fit to explain.

The fact remains that, under the handwritten additions to clause 2.01, appellant could make representations regarding valuation of the inventory. It is paradoxical that appellant should be expressly given this right without its being extended to the other parties concerned in the transaction, namely CCM and Gestion R.A.D. Exhibit DP-1 adds to the confusion in that CCM agrees

dépasse pas cent mille dollars (100 000 \$), elle doit être divisée entre le vendeur et l'acheteur et si, elle dépasse cent mille dollars (100 000 \$), lesdits cabinets doivent choisir un troisième cabinet d'experts-comptables dont la décision sera obligatoire à l'égard de toutes les parties. Les frais de l'arbitrage seront divisés également entre les parties.

La dernière partie de la dernière phrase de la clause 2.01 a également été biffée. Elle se lisait ainsi:

[TRADUCTION] À la remise d'une telle opinion, le compte et l'évaluation du stock sont présumés être déterminés de façon définitive en ce qui a trait à la présente offre, [à la condition que l'acheteur soit d'accord].

Les parties ont ici délibérément écarté le recours à l'arbitrage. On remarque en effet que la clause compromissoire biffée tient, elle, du compromis, d'où s'ensuivra l'arbitrage en ce qu'elle prévoyait la nomination de trois arbitres, le partage des frais, etc. Il m'apparaît difficile de croire qu'ayant exclu l'arbitrage, les parties ont par la même occasion choisi d'y avoir recours.

Considérant l'état de faillite dans lequel se trouvait CCM, il appert que le facteur temps était pour les créanciers et actionnaires de cette dernière, un élément essentiel de la vente des stocks. La célérité avec laquelle s'est transigée la vente supporte cette hypothèse. En effet, l'offre d'achat fut complétée le 17 décembre 1982 et la date de clôture était fixée au 21 janvier suivant, impliquant que l'inventaire devait être terminé et l'évaluation complétée à cette date.

J'en conclus que les parties ont convenu de laisser tomber ce qui aurait pu constituer une convention d'arbitrage véritable, possiblement pour éviter tout délai dans la conclusion du contrat ou pour toute autre raison qu'elles n'ont pas jugé bon d'expliquer.

Il n'en demeure pas moins que l'appelante pouvait, en vertu des ajouts manuscrits à la clause 2.01, faire des représentations concernant l'évaluation de l'inventaire. Il est paradoxal que l'on accorde ce droit de façon expresse à l'appelante sans pour autant le permettre aux autres parties à la transaction, à savoir CCM et Gestion R.A.D. La pièce DP-1 ajoute à la confusion en ce que

that appellant can make representations not only to respondents, but to itself as well. Does this mean that CCM was thereby acting as arbitrator? The question suggests its answer. The opportunity to make representations, though an essential component of arbitration and of any judicial process, is not exclusive to them. Nothing forbid parties to a contract from making representations to the expert they chose in order to draw to his attention certain facts which might affect the outcome of the valuation.

Further, it is of the essence of an arbitration award that it be final and binding, except of course for recourses that may be permitted. However, the parties may agree to be bound by an expert's decision without his necessarily being an arbitrator. Various reasons may prompt the parties to act in this way. In the case at bar, for example, the necessity for speed imposed by the situation in which CCM found itself may have forced the parties to sell the inventory quickly. This may have created a necessity to ensure that the setting of the price, which in the circumstances was a complex operation, should be done so as not to prejudice completion of the contract within the agreed time limits.

Although appellant had an opportunity to make representations, there is nothing in the contract to indicate that respondents' function here was to exercise a judicial authority by choosing between several opposing positions: they were simply required to determine the accuracy of the valuation to be made by the parties, which as Chevalier J. stated (at p. 388), was in fact made by CCM. Far from settling a dispute, respondents, indirectly it is true, completed the contract of sale concluded between the parties by approving the valuation of the inventory so that the price payable could be determined.

Furthermore, respondents had a professional connection with one of the parties, CCM, as they acted as its auditors. Also, under clause 2.01 respondents' fees were to be paid by CCM in full. These two facts appear to me to conflict with the rules on arbitration in which, besides the absence of any connection between the parties, costs are

CCM permet (*agrees*) à l'appelante de faire des représentations non seulement aux intimés, mais également à elle-même. Doit-on en conclure pour autant que CCM agissait à titre d'arbitre? Poser la question c'est y répondre. L'opportunité de faire des représentations, bien qu'un élément essentiel de l'arbitrage et de tout processus judiciaire, ne leur est pas exclusive. Rien n'interdit aux parties ayant recours à un expert de lui faire des représentations afin de porter à sa connaissance certains faits susceptibles d'influer sur le résultat de l'évaluation.

Par ailleurs, il est de l'essence d'une sentence arbitrale qu'elle soit définitive et obligatoire sauf évidemment les recourses prévus. Cependant, les parties peuvent convenir d'être liées par la décision d'un expert sans pour autant que celui-ci ne soit nécessairement un arbitre. Divers motifs peuvent inciter les parties à procéder ainsi. En l'espèce, par exemple, les impératifs de célérité imposés par la situation dans laquelle se trouvait CCM ont pu amener les parties à vouloir conclure rapidement la vente des stocks. De là, la nécessité de s'assurer que la détermination du prix, opération complexe en l'espèce, s'accomplisse de façon à ne pas préjudicier au parachèvement du contrat dans les délais prescrits.

Quoique l'appelante ait eu la possibilité de faire des représentations, rien au contrat n'indique que le rôle des intimés consistait ici à exercer un pouvoir juridictionnel en optant entre plusieurs positions contradictoires; leur tâche se bornait à vérifier l'exactitude de l'évaluation devant être effectuée par les parties mais qui, tel que l'affirme le juge Chevalier (p. 388), fut faite par CCM. Plutôt que de trancher un différend, les intimés ont, indirectement sans doute, complété le contrat de vente intervenu entre les parties en ratifiant l'évaluation de l'inventaire afin de fixer le prix à payer.

D'autre part, les intimés entretenaient un lien professionnel avec l'une des parties, CCM, en agissant à titre d'auditeurs de cette dernière. Également, les honoraires des intimés devaient être totalement assumés par CCM en vertu de la clause 2.01. Ces deux éléments semblent aller à l'encontre des règles en matière d'arbitrage où, outre l'ab-

shared, in order to ensure at least in theory that the arbitrator will be impartial, something the parties had envisaged in the undertaking to arbitrate that was later deleted.

The agreement names Messrs. Zitrer, Siblin, Stein, Levine, chartered accountants, to do the valuation and give their opinion. It is not clear whether the individuals or a firm are intended. If the parties meant to name the accounting firm as arbitrator, then the question arises whether a civil partnership can act as an arbitrator. Where there is no express stipulation by the parties, as here, the provisions of the *Code of Civil Procedure* then in effect suggest that only a natural person can act as an arbitrator. Thus, article 944 *C.C.P.* dealt with cases where an arbitrator died or became incapacitated; art. 946 *C.C.P.* dealt with cases where arbitrators withdrew; and art. 948 *C.C.P.* required each arbitrator to sign the award. I do not really see how death could affect a firm or how it could withdraw or physically sign an award.

Finally, article 948 *C.C.P.* required arbitrators to give reasons for their award in all cases. Respondents' letter dated January 20, 1983 (Exhibit P-3) does not have the characteristics of such an award. Thus, no reference is made anywhere to appellant. It contains no analysis of arguments and no reason explaining or justifying the conclusions arrived at by respondents. The format of the letter and the forms it contains correspond exactly to what accounting experts describe in their terminology as an accounting opinion on a particular item, namely inventories (*CICA Handbook*, Canadian Institute of Chartered Accountants, chap. 5805.16).

In the final analysis, based on the language used, the process contemplated by the parties under the rules applicable to arbitration, the fact that they deliberately deleted the paragraph providing for a possible arbitration, although they agreed to be bound by respondents' opinion, and that they provided for representations to be made by appellant, the intent that in my opinion clearly emerges from the agreement and the other docu-

sence de lien entre les parties, les frais sont partagés ce qui, en principe, favorise l'impartialité de l'arbitre et ce que les parties avaient d'ailleurs prévu dans la clause compromissoire qu'elles ont par la suite biffée.

La convention nomme MM. Zitrer, Siblin, Stein, Levine, comptables agréés, pour faire l'évaluation et donner leur opinion. On ignore s'il s'agit d'individus ou d'une société. Si les parties ont voulu désigner le cabinet de comptables comme arbitre, se soulève alors la question de savoir si une société civile peut agir à titre d'arbitre. En l'absence de stipulation expresse des parties, comme c'est le cas ici, les dispositions du *Code de procédure civile* alors en vigueur suggèrent que seule une personne physique puisse agir en cette qualité. Ainsi l'article 944 *C.p.c.* disposait des cas de décès ou d'incapacité de l'arbitre, l'art. 946 *C.p.c.* traitait des cas de récusation alors que l'art. 948 *C.p.c.* obligeait chaque arbitre à signer la sentence arbitrale. Je vois mal comment le décès peut affecter un cabinet ou comment il peut se récuser ou encore signer physiquement une sentence.

Finalement, l'article 948 *C.p.c.* obligeait dans tous les cas les arbitres à motiver leur sentence arbitrale. La lettre des intimés du 20 janvier 1983 (Pièce P-3) ne possède pas les caractéristiques d'une telle sentence. Ainsi, nulle part ne fait-on allusion à l'appelante. Elle ne contient aucune analyse d'arguments ni aucun motif expliquant ou justifiant les conclusions auxquelles les intimés sont arrivés. Le format de la lettre et les formules qu'elle contient correspondent exactement à ce que les experts-comptables qualifient, dans leur phraseologie, d'opinion comptable sur un poste particulier, à savoir les inventaires (*Manuel de l'ICCA*, l'Institut canadien des comptables agréés, chap. 5805.16).

En fin d'analyse, d'après les termes utilisés, le processus envisagé par les parties au regard des règles relatives à l'arbitrage, le fait qu'elles aient délibérément biffé le paragraphe qui prévoyait la possibilité d'un arbitrage, bien qu'elles se soient déclarées liées par l'opinion des intimés et qu'elles aient prévu l'opportunité pour l'appelante de faire des représentations, l'intention qui se dégage nettement, à mon avis, de la convention et des autres

ments giving effect to it is that the parties agreed to obtain an expert opinion from an accountant and did not intend to submit the matter to arbitration by respondents in the accepted understanding of the structure and legal consequences of that process. To use the words of Mayer, *loc. cit.*, [TRANSLATION] "All of this results from the fact that there was no dispute, and also establishes that there was none" (p. 269).

A digression must be made here. In his opinion LeBel J.A. notes that [TRANSLATION] "the pleadings of respondent [here the appellant] confirm the way in which it regarded the functions of appellants [here the respondents]" (p. 393). This "admission" can be found in paragraph 15 of the statement of claim, where respondent charged that appellants had broken certain obligations although they had [TRANSLATION] "agreed to be arbitrators". LeBel J.A. appears to regard this as a judicial admission.

At the hearing appellant explained that this word was used not in the legal sense, as it is found in the Quebec *Code of Civil Procedure*, but in a very broad sense as it is used in everyday language, and that, in any event, the classification of respondents' function was a question of law which could not be the subject of a judicial admission.

In the very recent judgment of this Court *C.(G.) v. V.-F.(T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244, in which a similar situation occurred though in a different context, Beetz J., delivering the unanimous judgment of the Court, held as follows at p. 257:

At the hearing, counsel for the appellants conceded that the award of custody to a third person would amount to a declaration of partial deprivation . . . This concession on a point of law is not binding on the Court.

A similar conclusion must be drawn here.

Finally, respondents argued that clause 2.01 of the agreement was an undertaking to arbitrate, or at least that respondents were acting as mediators. These arguments must be examined.

documents qui y ont donné suite est que les parties ont entendu obtenir une expertise comptable et n'ont pas voulu se soumettre à l'arbitrage des intimés tel qu'il faut l'entendre dans sa conception et ses conséquences juridiques. Pour employer les termes de Mayer, *loc. cit.*, «tout cela résulte de l'absence de litige et en même temps la (*sic*) démontre» (p. 269).

b

Il y a lieu de faire ici une digression. Le juge LeBel note dans son opinion que «Les procédures de l'intimée [ici l'appelante] confirment d'ailleurs la nature qu'elle reconnaît aux fonctions des appelants [ici intimés]» (p. 393). Cette «admission» se retrouve au paragraphe 15 de la déclaration où l'intimée reproche aux appelants la violation de certaines obligations bien qu'ils aient «accepté le rôle d'arbitres». Le juge LeBel semble y voir un aveu judiciaire.

À l'audience, l'appelante a expliqué que ce terme avait été utilisé non pas dans le sens juridique du terme, tel qu'il se retrouve au *Code de procédure civile* du Québec, mais plutôt dans un sens très large comme on l'emploie dans le langage courant et qu'à tout événement la qualification de la fonction des intimés étant une question de droit, il ne saurait y avoir aveu judiciaire.

Dans l'arrêt tout récent de cette Cour *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, où une situation similaire s'était présentée, quoique dans un contexte différent, le juge Beetz, qui rend le jugement unanime de la Cour, en dispose ainsi aux pp. 257 et 258:

À l'audience, le procureur des appelants a concédé que l'attribution de la garde à un tiers équivaut à une déclaration de déchéance partielle [. . .] Cette concession sur une question de droit ne saurait lier la Cour.

i De même, faut-il ici décider.

Les intimés ont finalement argumenté que la clause 2.01 de la convention était une clause compromissoire ou à tout le moins que les intimés agissaient à titre d'amiables compositeurs. Il y a lieu d'examiner ces prétentions.

9—*Undertaking to Arbitrate*

As I have already mentioned, there is no longer any question since *Zodiak, supra*, concerning the validity of the undertaking to arbitrate in Quebec law. The only applicable provision at the time the parties concluded their agreement was art. 951 C.C.P., which I have set out earlier. I should point out that the undertaking to arbitrate differs from the submission essentially in that the former is an agreement in contemplation of a potential dispute while the latter relates to a dispute that has arisen.

The undertaking to arbitrate is in fact a contract in which the parties undertake to conclude a submission to arbitrate should a dispute arise between them. Two stages are therefore required: first, the parties promise to resort to arbitration if a dispute arises, and second, when the dispute does arise, they conclude a submission in the proper form (*Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971, cited with approval in *Zodiak, supra*, at pp. 540-42; Colas, "Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau" (1968), 28 *R. du B.* 129). Nothing prevents that an undertaking to arbitrate specify the arbitration procedure. Once a dispute arises, it is only necessary to implement the process provided by the undertaking to arbitrate, if any, or by the parties' agreement if the wording is not in keeping with provisions of the *Code of Civil Procedure*. Since 1986, this machinery has been set out in art. 944 C.C.P. At that time, the undertaking to arbitrate was not subject to any formal requirement, except that it be in writing. It must clearly indicate the parties' intent to submit any future dispute to arbitration. It cannot obviously specify the subject-matter of the dispute since that had not yet arisen.

Respondents argued that clause 2.01 of Exhibit P-2 and letter DP-1 constituted an undertaking to arbitrate. They relied principally on the following observations by Chouinard J. in *Zodiak, supra*, at p. 543:

The *Code of Civil Procedure* contains no provision regarding the form of an undertaking to arbitrate. It will

9—*Clause compromissoire*

Tel que je l'ai déjà mentionné, la validité de la clause compromissoire ne fait plus aucun doute en droit québécois depuis l'arrêt *Zodiak*, précité. La seule disposition pertinente à cet égard à l'époque de la conclusion de la convention des parties était l'art. 951 C.p.c. que j'ai reproduit plus haut. Je rappelle que la clause compromissoire se distingue essentiellement du compromis en ce que la première est une convention en vue d'un différend éventuel alors que le second se rapporte à un différend né.

La clause compromissoire est en fait un contrat par lequel les parties s'engagent à passer compromis dans l'éventualité où surgirait un différend entre elles. Deux étapes sont donc nécessaires: dans un premier temps les parties promettent d'avoir recours à l'arbitrage au cas où un différend surgirait et, dans un deuxième temps, lorsque survient le différend, elles passent compromis en bonne et due forme (*Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971, arrêt cité avec approbation dans *Zodiak*, précité, aux pp. 540 à 542; Colas, «Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau» (1968), 28 *R. du B.* 129). Rien n'empêche que la clause compromissoire puisse prévoir les modalités de l'arbitrage. Une fois le différend né, il suffit de mettre en marche le mécanisme prévu à la clause compromissoire si tel est le cas, ou suivant l'entente des parties sinon conformément aux dispositions du *Code de procédure civile*. Depuis 1986, ce mécanisme est prévu à l'art. 944 C.p.c. La clause compromissoire n'était à l'époque soumise à aucune règle de forme sinon qu'elle devait être constatée par écrit. Elle doit indiquer clairement l'intention des parties de soumettre tout différend futur à l'arbitrage. Elle ne peut évidemment pas indiquer l'objet du différend puisqu'il n'est pas encore né.

Les intimés prétendent que la clause 2.01 de la pièce P-2 ainsi que la lettre DP-1 constituent une clause compromissoire. Ils s'appuient principalement sur les propos suivants du juge Chouinard dans l'arrêt *Zodiak*, précité, p. 543:

Le *Code de procédure civile* ne renferme aucune disposition quant à la forme de la clause compromis-

be sufficient if it contains the essential ingredients, namely that the parties have undertaken to execute a submission and that the arbitration award is final and binding on the parties.

As respondents argued that a dispute had arisen and had been submitted to them in the capacity of arbitrators, they had to establish that the parties had undertaken to execute a submission. There is no mention anywhere of such an obligation, apart from the paragraph which they later deleted. Accordingly there can be no question here of an undertaking to arbitrate, still less of a submission.

10—*Mediation*

Mediation was expressly covered by art. 948 C.C.P.:

948. The arbitrators must decide according to the rules of law, unless by the submission they have been exempted from doing so, or have been empowered to act as mediators.

The status of a mediator allows its holder to decide on the basis of equity, without being bound by substantive or procedural rules of law, except of course for rules of public order such as those of natural justice which provide for impartiality, opportunity for the parties to be heard, reasons to be given for the award, and so on.

Mediation is not, as such, a legal concept distinct from that of arbitration. Rather, the mediator is an arbitrator who is exempted from compliance with the rules of law as provided in art. 948 C.C.P. (Antaki, "L'Amiable composition", in Antaki and Prujiner, *Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international* (1986), at p. 153). The mediator is in fact only the "bon père de famille" of the *Civil Code* transposed to arbitration matters.

Mediation is a departure from the law of arbitration. Like any exception it must, if it is not expressly provided for, at least result from a clear and unambiguous intent (*Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée* (1939), 67 K.B. 536, at pp. 545-46, per Galipeault J., aff'd by [1940] S.C.R. 522).

soire. Il suffit qu'elle réunisse les éléments essentiels, à savoir que les parties se soient obligées à passer compromis et que la sentence arbitrale soit finale et lie les parties.

^a Prétendant qu'un différend était né et leur a été soumis à titre d'arbitres, les intimés devaient établir que les parties s'étaient obligées à passer compromis. Or, nulle part n'est-il fait mention de telle obligation si ce n'est au paragraphe qu'elles ont par la suite biffé. On ne saurait donc parler de clause compromissoire, encore moins de compromis.

^c 10—*Amiable composition*

L'amiable composition était expressément prévue à l'art. 948 C.p.c.:

^d 948. Les arbitres doivent juger suivant les règles du droit, à moins qu'ils n'en soient dispensés par le compromis, ou qu'ils n'aient reçu pouvoir de statuer comme amiables compositeurs.

^e Le statut d'amiable compositeur permet à son détenteur de statuer en équité, sans être lié par les règles du droit, substantives et procédurales, sauf évidemment les règles d'ordre public, notamment les règles de justice naturelle qui prévoient l'impartialité, l'obligation d'accorder aux parties la possibilité d'être entendues, de motiver la sentence arbitrale, etc.

^g L'amiable compositeur n'est pas en soi un concept juridique distinct de celui de l'arbitrage. L'amiable compositeur est plutôt un arbitre que l'on dispense de respecter les règles du droit conformément à l'art. 948 C.p.c. (Antaki, «L'Amiable composition», dans Antaki et Prujiner, *Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international* (1986), à la p. 153). L'amiable compositeur n'est en fait que le «bon père de famille» du *Code civil* transposé en matière d'arbitrage.

ⁱ L'amiable composition constitue une dérogation au droit relatif à l'arbitrage. Comme toute exception, elle doit sinon être stipulée expressément, à tout le moins résulter d'une intention claire et sans équivoque (*Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée* (1939), 67 B.R. 536, aux pp. 545 et 546, par le juge Galipeault, confirmé par [1940] R.C.S. 522).

This does not mean that the word “mediators” or any other hallowed expression must be contained in an agreement to arbitrate. It will suffice that the parties clearly indicate their intention to exempt the arbitrators from compliance with the rules of law (*Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée, supra*, at p. 546; Antaki, *loc. cit.*, at p. 155; Ferland, *op. cit.*, at p. 84).

This approach is in accordance with that adopted in French law (Loquin, *op. cit.*, at p. 44; Bredin, “L’amiable composition et le contrat”, *Rev. arb.* 1984.259; Tyan, *Le droit de l’arbitrage* (1972), at pp. 240-41; Robert, *op. cit.*, at pp. 160-61).

Mediation is only a simplified form of arbitration, and consequently must be the subject of a clear intent by the parties giving the arbitrators the status of mediators. Clause 2.01 and letter DP-1 make no mention of respondents’ being exempted from compliance with the rules of law, acting on the basis of equity or their conscience, or, more simply, being mediators. Though a mediator is not bound by the rules of law, the criteria for distinguishing between arbitration and expert opinion nonetheless apply to him *mutatis mutandis*, since he remains first and foremost an arbitrator.

I conclude from the foregoing analysis that respondents were not acting as arbitrators. It is therefore impossible to speak of mediators any more than of an undertaking to arbitrate or a submission.

V—Conclusion

Overall, I conclude that there was no present or potential dispute either at the time the agreement was concluded between the parties or when respondents performed their mandate. The parties did not intend to submit a dispute to arbitration by respondents, but simply agreed to rely on their opinion as accounting experts, making them their mandataries on one aspect of the contract, namely the value of the assets sold by CCM, which essentially represented the selling price of those assets.

Ceci ne signifie pas que les mots «amiabes compositeurs» ou toute autre expression consacrée doivent se retrouver dans la convention d’arbitrage. Il suffit que les parties indiquent clairement leur volonté de dispenser les arbitres d’obéir aux règles du droit (*Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée, précité*, à la p. 546; Antaki, *loc. cit.*, à la p. 155; Ferland, *op. cit.*, à la p. 84).

Cette conception est conforme à celle adoptée en droit français (Loquin, *op. cit.*, à la p. 44; Bredin, «L’amiable composition et le contrat», *Rev. arb.*, 1984.259; Tyan, *Le droit de l’arbitrage* (1972), aux pp. 240 et 241; Robert, *op. cit.*, aux pp. 160 et 161).

L’amiable composition n’est qu’une forme simplifiée d’arbitrage et, conséquemment, doit faire l’objet d’une intention claire des parties octroyant aux arbitres le statut d’amiabes compositeurs. Or, la clause 2.01 de même que la lettre DP-1 ne mentionnent aucunement que les intimés sont dispensés d’obéir aux règles du droit, qu’ils doivent agir selon l’équité ou leur conscience ou encore, plus simplement, qu’ils sont amiabes compositeurs. Même si l’amiable compositeur n’est pas lié par les règles du droit, il n’en demeure pas moins que les critères de distinction entre l’arbitrage et l’expertise s’appliquent à lui *mutatis mutandis* puisqu’il demeure d’abord et avant tout un arbitre.

Or, de l’analyse qui précède, j’en viens à la conclusion que les intimés n’agissaient pas en tant qu’arbitres. On ne saurait donc parler d’amiabes compositeurs, pas plus que de clause compromissoire ou de compromis.

V—Conclusion

Sur le tout, je conclus qu’il n’existait aucun différend né ou éventuel ni au moment où est intervenue la convention entre les parties ni au moment où les intimés ont effectué leur mandat. Les parties n’ont pas entendu soumettre un différend à l’arbitrage des intimés, mais simplement convenu de se fier à leur opinion d’experts comptables qu’elles ont institués leur mandataire sur un aspect du contrat, soit la valeur des actifs vendus par CCM, qui constituait en définitive le prix de vente de ces actifs.

As the question of immunity does not arise in this context, it must be concluded that the motion for a declinatory exception made by respondents is unfounded and was properly dismissed by the Superior Court.

For these reasons I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Adessky, Kingstone, Montréal.

Solicitors for the respondents: Ogilvy, Renault, Montréal.

Dans ce contexte la question de l'immunité ne se posant pas, il y a lieu de conclure que la requête pour exception déclinatoire formée par les intimés est mal fondée et a à bon droit été rejetée par la Cour supérieure.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Adessky, Kingstone, Montréal.

Procureurs des intimés: Ogilvy, Renault, Montréal.

Martin Gerard Lafrance *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAFRANCE

File No.: 20294.

1988: March 30.

Present: Estey, Lamer, Wilson, Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Appeal as of right — Interception of communications — Authorization to intercept private communications — Whether authorization embraced manner of interception employed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, rendered on December 2, 1986, setting aside an acquittal on a charge of conspiracy to traffic in a narcotic and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Richard Cairns, for the appellant.

Bruce A. MacFarlane, Q.C., and *Donald J. Avison*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

ESTEY J.—We are all of the view that this appeal should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal of Alberta.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Starr, Cairns, Calgary.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

Martin Gerard Lafrance *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a RÉPERTORIÉ: R. c. LAFRANCE

N° du greffe: 20294.

1988: 30 mars.

^b Présents: Les juges Estey, Lamer, Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé.

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

^c *Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Interception des communications — Autorisation d'intercepter des communications privées — L'autorisation englobait-elle le mode d'interception utilisé?*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, rendu le 2 décembre 1986, qui a annulé un acquittement relativement à une accusation de complot pour faire le trafic de stupéfiant et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

^e *Richard Cairns*, pour l'appellant.

Bruce A. MacFarlane, c.r., et *Donald J. Avison*, pour l'intimée.

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

^g LE JUGE ESTEY—Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté pour les motifs donnés par la Cour d'appel de l'Alberta.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Starr, Cairns, Calgary.

^h *Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ronald Jeffrey Lang *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LANG

File No.: 20387.

1988: March 31.

Present: Estey, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Appeal as of right — Sexual assault — Evidence of child — Whether dissent in the Court of Appeal on a question of law — Appeal quashed.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 46 Man. R. (2d) 135, setting aside convictions and entering an acquittal on charges of indecency and sexual assault. Appeal quashed.

Richard Saull, for the appellant.

Stanley Nozick, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

ESTEY J.—The Crown appellant has been unable, despite the thorough presentation of Mr. Saull, to demonstrate that the dissent in the Court of Appeal of Manitoba was as a result of a disagreement on a question of law; and therefore this appeal is quashed.

Appeal quashed.

Solicitor for the appellant: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Ronald Jeffrey Lang *Intimé*^a RÉPERTORIÉ: R. c. LANG

N° du greffe: 20387.

1988: 31 mars.

^b Présents: Les juges Estey, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^c *Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Agression sexuelle — Témoignage d'un enfant — La dissidence en Cour d'appel porte-t-elle sur une question de droit? — Pourvoi annulé.*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 46 Man. R. (2d) 135, qui a infirmé les déclarations de culpabilité et inscrit un acquittement relativement à des accusations d'indécence et d'agression sexuelle. Pourvoi annulé.

^e *Richard Saull*, pour l'appelante.

Stanley Nozick, pour l'intimé.

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

LE JUGE ESTEY—Malgré la plaidoirie approfondie de M^e Saull, le ministère public appelant n'a pas réussi à démontrer que la dissidence en Cour d'appel du Manitoba découlait d'un désaccord sur une question de droit; par conséquent le pourvoi est annulé.

Pourvoi annulé.

^h *Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.*

Procureurs de l'intimé: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

James Lawrence Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. LAWRENCE

File No.: 20544.

1988: April 21.

Present: McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Criminal law — Interception of communications — Authorization to intercept private communications — Admissibility of evidence — Description of manner of interception — Appeal as of right.

Cases Cited

Followed: *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1987), 60 Nfld. & P.E.I.R. 126, dismissing the appellant's appeal from a conviction on a charge of conspiracy to possess a narcotic for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

David Hurley, for the appellant.

Michael Dambrot, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MCINTYRE J.—We are all of the view that a proper construction of the law relating to the description of the manner of interception, in an authorization under the *Criminal Code*, is to be found in the words of Estey J. in the *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, at p. 728, where he stated:

The manner of interception may be expressed in very specific terms in one order, whereas the court in another order may authorize the use of several or all of the devices enumerated in Part IV.1, leaving open to the investigative agency the choice between these devices, and the choice between wiretapping with or without interference with equipment inside the premises, or

James Lawrence Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. LAWRENCE

N° du greffe: 20544.

1988: 21 avril.

Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Interception des communications — Autorisation d'intercepter des communications privées — Admissibilité de la preuve — Description du mode d'interception utilisé — Pourvoi de plein droit.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1987), 60 Nfld. & P.E.I.R. 126, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appellant à l'égard d'une déclaration de culpabilité relative à une accusation de complot en vue de posséder un stupéfiant pour en faire le trafic. Pourvoi rejeté.

David Hurley, pour l'appellant.

Michael Dambrot, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MCINTYRE—Nous sommes tous d'avis que la bonne façon d'interpréter le droit relatif à la description du mode d'interception, dans le cas d'une autorisation en vertu du *Code criminel*, a été exposée par le juge Estey dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, à la p. 728:

Le mode d'interception peut être énoncé en termes très précis dans une ordonnance, alors que dans une autre ordonnance la cour peut autoriser l'utilisation d'une partie ou de la totalité des dispositifs énumérés à la partie IV.1, laissant ainsi à l'organisme d'enquête la possibilité de choisir l'un ou l'autre de ces dispositifs et celle de procéder au branchement clandestin des lignes

radio surveillance by electromagnetic devices, or a combination of these and other devices.

and in *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, at p. 671, where he said:

The judge may in response to such application issue an order in broad terms, as was done here, or may particularize a type of device or devices and their mode of employment. Either type of order is foreseen by the wording of ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c); that is, "generally describe the manner of interception that may be used".

This is determinative of the issue in this case. The question as to limitation of place of interception was not properly before us and is not dealt with.

The appeal is, accordingly, dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Puddester & Orsborn, St. John's.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

téléphoniques sans toucher aux installations à l'intérieur des lieux ou à la surveillance radio au moyen de dispositifs électromagnétiques, ou encore celle de recourir à une combinaison de ces dispositifs et d'autres dispositifs.

^a et dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, à la p. 671:

^b Le juge peut donner suite à une telle demande en rendant une ordonnance formulée en termes généraux, comme c'est le cas en l'espèce, ou il peut spécifier un seul ou plusieurs dispositifs et la façon de les utiliser. Le texte des al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c) envisage l'un et l'autre type d'ordonnance, notamment par les mots «une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées».

^c Cela règle la question soulevée en l'espèce. La question de la limitation du lieu d'interception ne nous a pas été soumise à juste titre et nous n'avons pas à la traiter.

^d En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

^e *Procureurs de l'appelant: Puddester & Orsborn, St. John's.*

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Werner E. J. Hufsky *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. V. HUFISKY

File No.: 19028.

1987: February 24, 25; 1988: April 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Random stopping of motor vehicles for spot check of driver's licences and proof of insurance, mechanical fitness of vehicles and sobriety of drivers — Stop authorized by statute — Choice of vehicles to be stopped in discretion of police officer — Whether detained — Whether arbitrarily detained — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9 — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a, 189a(1), (2), as am. — Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search — Random stopping of motor vehicles for spot check of driver's licences and proof of insurance — Compelled production of driver's licence and insurance card for inspection — Whether search — If so, whether unreasonable search — If so, whether justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a, 189a, as am. — Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

Criminal law — Refusal to provide sample of breath for roadside screening device — Random stopping of motor vehicles for spot check of driver's licences and proof of insurance, mechanical fitness of vehicles and sobriety of drivers — Whether random stop for the purposes of the spot check procedure infringed right not to be arbitrarily detained — If so, whether justified under s. 1 of the Charter — Whether spot check of driver's licence and proof of insurance infringed right to

Werner E. J. Hufsky *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. C. HUFISKY

b

N° du greffe: 19028.

1987: 24, 25 février; 1988: 28 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest.

c

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Déten- tion arbitraire — Arrêt au hasard de véhicules automob- iles afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance, l'état mécanique des véhicules et la sobriété des conducteurs — Arrêt autorisé par la loi — Choix des véhicules devant être arrêtés laissé à la discrétion de l'agent de police — Y a-t-il détention? — Y a-t-il détention arbitraire? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9 — Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a, 189a(1), (2), mod. — Loi sur l'assurance- automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille abusive — Arrêt au hasard de véhicules automobiles afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance — Présentation forcée du permis de conduire et de la carte d'assurance pour examen — Y a-t-il fouille? — Dans l'affirmative, s'agit-il d'une fouille abusive? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a, 189a, mod. — Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).

Droit criminel — Refus de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest — Arrêt au hasard de véhicules automobiles afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance, l'état mécanique des véhicules et la sobriété des conducteurs — L'arrêt au hasard pour les fins de la procédure de contrôles rou- tiers ponctuels porte-t-il atteinte au droit à la protec- tion contre la détention arbitraire? — Dans l'affirma- tive, est-il justifié en vertu de l'article premier de la

be secure against unreasonable search — If so, whether justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am. — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a, 189a, as am. — Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

Criminal law — Constitutional law — Canadian Bill of Rights — Equality before the law — Mandatory roadside breath testing — Criminal Code provision not proclaimed in all provinces — Whether non-universal proclamation and application infringed right to equality before the law — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am.

Appellant was stopped at random in a spot check by police; there had been nothing unusual about his driving. The spot check was for the purposes of checking licences, insurance, mechanical fitness of cars and sobriety of the drivers with the only guideline being that at least one marked police vehicle be engaged in spot check duty. There were no criteria, standards, guidelines or procedures to determine which vehicles should be stopped. It was in the discretion of the police officer.

The officer asked to see the appellant's driver's licence and proof of insurance and verified their validity. When the officer detected the odour of alcohol on the appellant's breath and noticed that his speech was slightly slurred, the officer requested appellant to accompany him to his vehicle where he made a formal demand for a breath sample for a roadside breathalyzer test. When appellant refused, the officer informed him that he would be charged with refusing to provide a breath sample and informed him of his right to retain and instruct counsel without delay. Section 234.1 of the *Criminal Code* was in force in Ontario at the time but it had not been proclaimed in British Columbia or Quebec.

Appellant was found guilty in provincial court of refusing to comply with the officer's demand, contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*. Both the County Court and the Court of Appeal upheld this verdict. The issues addressed in the constitutional questions stated by this Court were: (1) whether the non-universal proclamation of s. 234.1 of the *Criminal Code* infringed the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of

Charte? — La vérification ponctuelle des permis de conduire et de la preuve d'assurance porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, mod. — Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a, 189a, mod. — Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).

Droit criminel — Droit constitutionnel — Déclaration canadienne des droits — Égalité devant la loi — Alcootest obligatoire — Disposition du Code criminel non proclamée dans toutes les provinces — La proclamation et l'application non universelles portent-elles atteinte au droit à l'égalité devant la loi? — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, mod.

a Un agent de police a, au hasard, demandé à l'appelant de s'arrêter pour un contrôle routier ponctuel; il n'y avait rien eu d'inhabituel dans sa façon de conduire. Les contrôles routiers ponctuels avaient pour but de vérifier les permis de conduire, les assurances, l'état mécanique des voitures et la sobriété des conducteurs, avec comme unique directive d'utiliser au moins une voiture de police identifiée comme telle pour effectuer ces contrôles. Il n'y avait pas de critère, de norme, de directive ou de procédure à suivre pour décider quel véhicule serait arrêté. Cela était laissé à la discrétion de l'agent de police.

b L'agent a demandé à voir le permis de conduire de l'appelant et une preuve d'assurance et a vérifié s'ils étaient valides. Ayant décelé une odeur d'alcool exhalée par l'appelant et constaté une légère hésitation dans son élocution, l'agent a demandé à l'appelant de le suivre jusqu'à sa voiture où il lui a formellement demandé de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest. Suite au refus de l'appelant d'obtempérer à cette sommation, l'agent l'a avisé qu'il serait accusé de refus de fournir un échantillon d'haleine et l'a informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. L'article 234.1 du *Code criminel* était en vigueur en Ontario à l'époque, mais il n'avait pas été proclamé en Colombie-Britannique ni au Québec.

c En Cour provinciale, l'appelant a été reconnu coupable de refus d'obtempérer à la sommation de l'agent, contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*. La Cour de comté et la Cour d'appel ont toutes les deux confirmé ce verdict. Voici les points litigieux visés par les questions constitutionnelles formulées par la Cour: (1) La proclamation non universelle de l'art. 234.1 du *Code criminel* porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité

the *Canadian Bill of Rights*; (2) whether the random stopping of motor vehicles by police officers pursuant to federal and/or provincial statute infringed the right to not be arbitrarily detained guaranteed by s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (3) if so, whether such statutorily permitted conduct was justified by s. 1 of the *Charter*; (4) whether the right to be secure against unreasonable search as guaranteed by s. 8 of the *Charter* was infringed by the "spot check" procedure; (5) if so, whether such statutorily permitted conduct was justified by s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered in the negative, the second and third in the affirmative, and the fourth in the negative. It was not necessary to answer the fifth constitutional question.

The non-universal proclamation of the former s. 234.1 of the *Criminal Code* was determined in *R. v. Cornell* not to infringe the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

The random stopping of the appellant for the purposes of the spot check procedure, although of relatively brief duration, resulted in appellant's being detained within the meaning of s. 9 of the *Charter*. The police officer, by the random stop, assumed control over the movement of the appellant by a demand or direction that might have significant legal consequence, and there was penal liability for refusal to comply with the demand or direction.

Appellant was arbitrarily detained, within the meaning of s. 9 of the *Charter*, as a result of the random stop for the purposes of the spot check procedure. Although the stop had statutory authority and lawful purposes, there were no criteria for the selection of the drivers to be stopped and subjected to the spot check procedure. The selection was in the absolute discretion of the police officer. A discretion is arbitrary if there are no criteria, express or implied, which govern its exercise.

A limit prescribed by law on the right not to be arbitrarily detained arose by implication from the terms of s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act*. In view of the importance of highway safety and the role to be played in relation to it by a random stop authority for the purpose of increasing both the detection and the perceived risk of detection of motor vehicle offences, many

devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*? (2) L'arrêt au hasard de véhicules à moteur par les policiers, conformément à une loi fédérale ou provinciale, enfreint-il le droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? (3) Dans l'affirmative, une telle conduite autorisée par la loi est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte*? (4) Le droit à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, est-il enfreint par la procédure de «contrôles routiers ponctuels»? (5) Dans l'affirmative, une telle conduite autorisée par la loi est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse négative, la seconde et la troisième, une réponse affirmative, et la quatrième, une réponse négative. Il n'est pas nécessaire de répondre à la cinquième question constitutionnelle.

Dans l'arrêt *R. c. Cornell*, on a jugé que la proclamation non universelle de l'ancien art. 234.1 du *Code criminel* n'enfreignait pas le droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

L'arrêt au hasard du véhicule de l'appelant pour les fins d'un contrôle routier ponctuel, quoique d'une durée relativement brève, a entraîné la détention de l'appelant, au sens de l'art. 9 de la *Charte*. En arrêtant des véhicules au hasard, l'agent de police a restreint la liberté d'action de l'appelant au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui pourrait avoir des conséquences sérieuses sur le plan juridique, et il y avait une responsabilité pénale en cas de refus d'obtempérer à la sommation ou à l'ordre.

Il y a eu détention arbitraire de l'appelant, au sens de l'art. 9 de la *Charte*, par suite de l'arrêt au hasard de son véhicule afin de procéder à un contrôle routier ponctuel. Même si l'arrêt était autorisé par la loi et exécuté pour des fins légitimes, il n'y avait aucun critère de sélection des conducteurs à qui on demanderait de s'arrêter et de se soumettre au contrôle routier ponctuel. La sélection était laissée à l'entière discrétion de l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice.

Une restriction, prescrite par une règle de droit, au droit à la protection contre la détention arbitraire résulte implicitement des termes du par. 189a(1) du *Code de la route*. Vu l'importance de la sécurité routière et du rôle qu'est appelé à jouer à ce sujet le pouvoir d'arrêter au hasard afin d'accroître tant la détection que la perception du risque de détection des infractions à la circula-

of which cannot be detected by the mere observation of driving, the limit imposed by s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* on the right not to be arbitrarily detained is a reasonable one that is demonstrably justified in a free and democratic society, within the meaning of s. 1 of the *Charter*. The nature and degree of the intrusion of a random stop for the purposes of the spot check procedure, remembering that the driving of a motor vehicle is a licensed activity subject to regulation and control in the interests of safety, is proportionate to the purpose to be served. If the stopping of motor vehicles for such purposes is not to be seriously inhibited, it should not be subjected to the kinds of conditions or restrictions reflected in the American jurisprudence, which would appear seriously to undermine its effectiveness while not significantly reducing its intrusiveness. As for publicity, it may be taken now that the public is well aware of random stop authority both because of its frequent and widespread exercise and its recognition by legislatures. The random stop of the appellant for the purposes of the spot check procedure was therefore a justified interference with the right not to be arbitrarily detained.

The demand by the police officer, made pursuant to legislative provisions, that the appellant surrender his driver's licence and insurance card for inspection did not constitute a search within the meaning of s. 8 of the *Charter* because it did not constitute an intrusion on a reasonable expectation of privacy. There is no such intrusion where a person is required to produce a licence or permit or other documentary evidence of a status or compliance with some legal requirement that is a lawful condition of the exercise of a right or privilege.

Cases Cited

Applied: *R. v. Cornell*, [1988] 1 S.C.R. 461; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; **referred to:** *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979); *Little v. State*, 479 A.2d 903 (Md. 1984); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 9.
Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

tion automobile, dont plusieurs sont indétectables par la simple observation de la façon de conduire, la restriction que le par. 189a(1) du *Code de la route* impose au droit à la protection contre la détention arbitraire est raisonnable et sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*. De par sa nature et son degré, l'intrusion que représente l'arrêt au hasard effectué afin de procéder à un contrôle routier ponctuel, en ayant à l'esprit que la conduite d'un véhicule automobile est une activité autorisée et assujettie à une réglementation et à un contrôle pour des motifs de sécurité, est proportionnelle à la fin recherchée. Si l'arrêt de véhicules automobiles pour ces fins ne doit pas être sérieusement entravé, il faut éviter de l'assujettir au genre de conditions ou de restrictions qui se dégagent de la jurisprudence américaine, qui sembleraient miner gravement son efficacité tout en ne diminuant pas sensiblement l'intrusion qui s'ensuit. Quant à la publicité, on peut maintenant tenir pour acquis que le public connaît très bien l'existence de ce pouvoir d'arrêter en raison de son exercice fréquent et répandu et de sa reconnaissance par les corps législatifs. L'arrêt au hasard du véhicule de l'appelant, afin de procéder à un contrôle routier ponctuel, constituait une atteinte justifiée au droit à la protection contre la détention arbitraire.

La demande de l'agent de police, faite conformément à des dispositions législatives, que l'appelant lui remette son permis de conduire et sa carte d'assurance pour examen, ne constituait pas une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*, parce qu'elle ne constituait pas une atteinte à une expectative raisonnable en matière de vie privée. Il n'y a pas d'atteinte de ce genre lorsqu'une personne est requise de produire une licence ou un permis, ou une autre preuve documentaire d'un statut ou du respect de quelque exigence légale constituant une condition licite de l'exercice d'un droit ou d'un privilège.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Cornell*, [1988] 1 R.C.S. 461; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; **arrêts mentionnés:** *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979); *Little v. State*, 479 A.2d 903 (Md. 1984); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 9.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1(1), (2), 235(1).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234.1(1), (2), 235(1).

Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 102(3).

Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a(1), 189a(1), (2).

Highway Traffic Amendment Act, 1981 (No. 3), S.O. 1981, c. 72, ss. 1, 2.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1984), 14 O.A.C. 1, 33 M.V.R. 75, dismissing an appeal from a judgment of Kane Co. Ct. J. dismissing an appeal from conviction by Camblin Prov. Ct. J. Appeal dismissed. The first constitutional question should be answered in the negative, the second and third in the affirmative, and the fourth in the negative. It was not necessary to answer the fifth constitutional question.

Irvin H. Sherman, Q.C., and *Warren Creates*, for the appellant.

Michael A. MacDonald, for the respondent.

E. A. Bowie, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—This appeal raises the following questions:

1. Whether the non-universal proclamation of the former s. 234.1 of the *Criminal Code*, respecting mandatory roadside breath testing, as a result of which s. 234.1 was not in force in the provinces of British Columbia and Quebec, infringed the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*;
2. Whether the random stop of a motor vehicle by a police officer in the course of "spot check duty" for the purposes of checking driver's licences and proof of insurance, the mechanical fitness of vehicles and the condition or "sobriety" of drivers infringed the right not to be arbitrarily detained guaran-

Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a(1), 189a(1), (2).

Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b).

Highway Traffic Amendment Act, 1981 (No. 3), S.O. 1981, chap. 72, art. 1, 2.

Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 102(3).

Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1984), 14 O.A.C. 1, 33 M.V.R. 75, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Kane de la Cour de comté, qui avait rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Camblin de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse négative, la seconde et la troisième, une réponse affirmative, et la quatrième, une réponse négative. Il n'est pas nécessaire de répondre à la cinquième question constitutionnelle.

Irvin H. Sherman, c.r., et *Warren Creates*, pour l'appelant.

Michael A. MacDonald, pour l'intimée.

E. A. Bowie, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La proclamation non universelle de l'ancien art. 234.1 du *Code criminel* relatif à l'alcootest obligatoire, qui faisait que l'art. 234.1 n'était pas en vigueur dans les provinces de la Colombie-Britannique et de Québec, porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*?
2. L'arrêt au hasard d'un véhicule à moteur par un agent de police alors qu'il effectue des «contrôles routiers ponctuels» afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance, l'état mécanique des véhicules et l'état ou la «sobriété» des conducteurs enfreint-il le droit à la protection contre la détention arbi-

teed by s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and

3. Whether the spot check procedure, whereby the police officer required the surrender for inspection of the driver's licence and insurance card, infringed the right to be secure against unreasonable search guaranteed by s. 8 of the *Charter*.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on September 18, 1984, dismissing an appeal from the judgment of Kane Co. Ct. J. on November 2, 1983, which dismissed an appeal from the conviction of the appellant by Camblin Prov. Ct. J. on May 2, 1983 of failing or refusing, without reasonable excuse, to comply with a demand by a police officer to provide a sample of breath into a roadside screening device contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*.

I

On January 14, 1983, at approximately 12:30 a.m., the appellant was stopped by a police officer while driving north on Midland Avenue in the municipality of Metropolitan Toronto. The officer testified that when he stopped the appellant he did not notice anything unusual about the appellant's driving and that the appellant was driving in a normal manner. The officer asked to see the appellant's driver's licence and proof of insurance and verified their validity. During the course of his conversation with the appellant the officer detected the odour of alcohol on the appellant's breath and noticed that his speech was slightly slurred. The officer requested the appellant to accompany him to his vehicle for the purpose of a roadside breath test, and at approximately 12:36 a.m. the officer made a formal demand upon the appellant to provide a sample of breath into the approved roadside screening device known as A.L.E.R.T. (Alcohol Level Evaluation Roadside Tester) Model J3A. The appellant refused to do so. Upon his refusal the officer informed the appellant that he would be charged with the offence of refusing to provide a sample of breath and informed him of

traire garanti par l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. La procédure de contrôles routiers ponctuels, par laquelle un agent de police exige la remise du permis de conduire et de la carte d'assurance pour examen, porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre les fouilles abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*?

Le pourvoi est formé, avec l'autorisation de cette Cour, contre l'arrêt rendu le 18 septembre 1984 par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel interjeté contre le jugement rendu le 2 novembre 1983 par le juge Kane de la Cour de comté, qui avait rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité de l'appellant, prononcée par le juge Camblin de la Cour provinciale le 2 mai 1983, relativement à l'accusation d'avoir omis ou refusé, sans excuse raisonnable, de donner l'échantillon d'haleine pour fin d'alcootest, demandé par un agent de police, contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*.

I

Le 14 janvier 1983, vers minuit et demi, l'appellant a été arrêté par un agent de police alors qu'il roulait sur l'avenue Midland, en direction nord, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto. L'agent a témoigné que, lorsqu'il a demandé à l'appellant de s'arrêter, il n'avait remarqué rien d'inhabituel dans sa façon de conduire, en ce sens que ce dernier conduisait normalement. L'agent a demandé à voir le permis de conduire de l'appellant et une preuve d'assurance et a vérifié s'ils étaient valides. Au cours de sa conversation avec l'appellant, l'agent a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'appellant et a constaté une légère hésitation dans son élocution. L'agent a demandé à l'appellant de le suivre jusqu'à sa voiture afin de subir un alcootest et, vers 0 h 36, l'agent lui a formellement demandé de fournir un échantillon d'haleine au moyen de l'alcootest approuvé appelé A.L.E.R.T. (Alcohol Level Evaluation Roadside Tester) modèle J3A. L'appellant a refusé d'obtempérer à cette demande. Suite à ce refus, l'agent a avisé l'appellant qu'il serait accusé de refus de fournir un échantillon d'haleine et l'a informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance

his right to retain and instruct counsel without delay. The appellant was released upon an appearance notice at approximately 1:05 a.m.

When he stopped the appellant the officer was engaged, beginning about 11:30 p.m. on January 13, 1983, in a police spot check of motor vehicles and drivers on Midland Avenue, north of Lawrence Avenue. He described the "spot check duty" as follows: "That is what they call it when we have certain vehicles, officers included, for the purposes of stopping vehicles, checking the mechanical fitness of the vehicle and the conditions of the drivers at the time." He agreed with counsel that the purpose of spot check duty was to "check licences, insurance, mechanical fitness of cars and sobriety of the owners." The officer also agreed that it was common to check the ownership of the vehicle to make sure that it had not been stolen but he could not recall whether he had done so in this case. The officer testified that the only guideline for spot check duty was that there must be at least one marked police vehicle. Other vehicles engaged in spot check duty could be marked or unmarked. There were no criteria, standards, guidelines or procedures to determine which vehicles should be stopped. It was in the discretion of the police officer. The officer who stopped the appellant was in uniform at the time but in an unmarked car. He testified that he was stopping vehicles "at random". He said that during the previous eight months, during which he had been assigned spot check duties, he had pulled over approximately five hundred vehicles and had administered roadside breath tests in approximately twenty cases. He said that the appellant's vehicle was one of several he had pulled over during the course of his shift.

On the charge of failing or refusing, without reasonable excuse, to comply with the demand by the police officer to provide a sample of breath into the roadside screening device, contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*, the appellant con-

d'un avocat. L'appelant a été relâché vers 1 h 05 après avoir reçu un avis de comparution.

a Lorsqu'il a demandé à l'appelant de s'arrêter, l'agent procédait, depuis 23 h 30 environ, le 13 janvier 1983, à des contrôles routiers ponctuels des véhicules automobiles et des conducteurs empruntant l'avenue Midland, au nord de l'avenue Lawrence. Il a décrit ainsi ces «contrôles routiers ponctuels»: [TRADUCTION] «On appelle cela ainsi lorsque nous disposons de certaines voitures, y compris des agents, pour arrêter les véhicules et vérifier leur état mécanique ainsi que les facultés du conducteur à ce moment-là.» Il a convenu avec l'avocat qui l'interrogeait que le but des contrôles routiers ponctuels était de [TRADUCTION] «vérifier les permis de conduire, les assurances, l'état mécanique des véhicules et la sobriété de leur propriétaire». L'agent a reconnu aussi qu'il arrivait couramment qu'on vérifie le titre de propriété du véhicule pour s'assurer qu'il n'avait pas été volé, mais il n'a pu se souvenir s'il l'avait fait en l'es-
 b pèce. L'agent a déclaré que la seule directive à suivre pour effectuer des contrôles routiers ponctuels était qu'il devait y avoir au moins une voiture de police identifiée comme telle. Les autres voitures utilisées pour ces contrôles pouvaient être banalisées. Il n'y avait pas de critère, de norme, de directive ou de procédure à suivre pour décider quel véhicule serait arrêté. Cela était laissé à la discrétion de l'agent de police. L'agent qui a demandé à l'appelant de s'arrêter était alors en uniforme, mais il prenait place dans une voiture banalisée. Il a témoigné qu'il arrêtait les véhicules «au hasard». Il a dit qu'au cours des huit mois précédents, durant lesquels il avait été affecté aux
 c contrôles routiers ponctuels, il avait arrêté plus de cinq cents véhicules environ et fait subir l'alcootest dans à peu près vingt cas. Le véhicule de l'appelant, a-t-il déclaré, n'était que l'un des nombreux véhicules qu'il avait forcé à se ranger au bord de l'avenue pendant son quart cette nuit-là.
 d
 e
 f
 g
 h
 i

Relativement à l'accusation d'omission ou de refus, sans excuse raisonnable, de donner l'échantillon d'haleine pour fin d'alcootest, demandé par l'agent de police, contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*, l'appelant a soutenu devant le

tended before Camblin Prov. Ct. J. that the charge should be dismissed on the grounds, among others, that the non-universal proclamation of s. 234.1 infringed the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* and that the random stop and spot check procedure infringed the rights to be secure against unreasonable search and not to be arbitrarily detained guaranteed by ss. 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The provincial court judge rejected these contentions, convicted the appellant and fined him \$100. The appeal from this judgment was dismissed by Kane Co. Ct. J. without reasons.

The appeal from the judgment of Kane Co. Ct. J. was dismissed by the Ontario Court of Appeal (Howland C.J.O., Martin and Blair J.J.A.) (1984), 14 O.A.C. 1, for the following reasons in the endorsement of Howland C.J.O.:

Counsel for the appellant raised three grounds of appeal:

1. His first contention was that s. 234.1 of the *Criminal Code* . . . was inoperative because it had not been proclaimed in British Columbia or Quebec and so infringed the right of the appellant to equality before the law in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* . . .

We are unable to accept this submission. We consider that the reasoning of this court in *R. v. Negridge* (1980), 6 M.V.R. 255, 17 C.R. (3d) 14, 54 C.C.C. (2d) 304 (Ont. C.A.), is conclusive on this point.

2. The second contention was that the appellant was arbitrarily detained contrary to s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We consider that this contention has been disposed of by the decisions of this court in *R. v. Simmons* (1984), 3 O.A.C. 1; 45 O.R. (2d) 609; 26 M.V.R. 168; 39 C.R. (3d) 223; 11 C.C.C. (3d) 193; 7 D.L.R. (4th) 719 (Ont. C.A.), and *R. v. Dedman* (1981), 32 O.R. (2d) 641; 10 M.V.R. 59; 23 C.R. (3d) 228; 59 C.C.C. (2d) 97; 122 D.L.R. (3d) 655 (Ont. C.A.).

3. The third contention was that asking the appellant to produce his driver's licence and proof of insurance was an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter*.

juge Camblin de la Cour provinciale qu'elle devrait être rejetée pour le motif, notamment, que la proclamation non universelle de l'art. 234.1 portait atteinte au droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, et que la procédure d'arrêts au hasard et de contrôles routiers ponctuels portait atteinte aux droits à la protection contre les fouilles abusives et contre la détention arbitraire garantis par les art. 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de la Cour provinciale a rejeté ces prétentions, a reconnu l'appelant coupable et lui a infligé une amende de 100 \$. L'appel interjeté contre ce jugement a été rejeté par le juge Kane de la Cour de comté, sans qu'il ne motive sa décision.

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Howland et les juges Martin et Blair) a rejeté l'appel interjeté contre le jugement du juge Kane de la Cour de comté (1984), 14 O.A.C. 1, pour les motifs suivants exposés dans la note manuscrite du juge en chef Howland:

[TRADUCTION] L'avocat de l'appelant a soulevé trois moyens d'appel:

1. Il a soutenu en premier lieu que l'art. 234.1 du *Code criminel* [. . .] était inopérant parce qu'il n'avait pas été proclamé en Colombie-Britannique ni au Québec et que, par conséquent, il portait atteinte au droit de l'appelant à l'égalité devant la loi, garanti à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* . . .

Nous sommes incapables d'accepter cet argument. Nous considérons que le raisonnement de cette cour dans l'arrêt *R. v. Negridge* (1980), 6 M.V.R. 255, 17 C.R. (3d) 14, 54 C.C.C. (2d) 304 (C.A. Ont.), est concluant sur ce point.

2. Il a soutenu en deuxième lieu que l'appelant a été détenu arbitrairement, contrairement à l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous considérons que cet argument a été rejeté par les arrêts de cette cour *R. v. Simmons* (1984), 3 O.A.C. 1, 45 O.R. (2d) 609, 26 M.V.R. 168, 39 C.R. (3d) 223, 11 C.C.C. (3d) 193, 7 D.L.R. (4th) 719 (C.A. Ont.), et *R. v. Dedman* (1981), 32 O.R. (2d) 641, 10 M.V.R. 59, 23 C.R. (3d) 228, 59 C.C.C. (2d) 97, 122 D.L.R. (3d) 655 (C.A. Ont.).

3. Il a soutenu en troisième lieu qu'exiger de l'appelant qu'il produise son permis de conduire et une preuve d'assurance constituait une fouille abusive, contrairement à l'art. 8 de la *Charte*.

We are all of the view that there was no unreasonable search in light of the provisions of the **Highway Traffic Act**, R.S.O. 1980, c. 198 requiring such production, which provisions we consider to be reasonable.

On the appeal to this Court the following constitutional questions were stated by Estey J. in his order of January 8, 1987:

1. Does the non-universal proclamation of s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada abrogate, abridge or infringe the appellant's right to equality before the law as provided by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*?
2. Does the random stopping of motor vehicles by police officers pursuant to federal and/or provincial statute infringe the right to not be arbitrarily detained as guaranteed by s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to question 2 above is in the affirmative, is such statutorily permitted conduct justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
4. Was the appellant's right to be secure against unreasonable search as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* infringed by the "spot check" procedure employed by the investigating officer herein?
5. If the answer to question 4 above is in the affirmative, is such statutorily permitted conduct justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

II

The first issue in the appeal is whether the non-universal proclamation of the former s. 234.1 of the *Criminal Code*, pursuant to s. 102(3) of the *Criminal Law Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 93, as a result of which s. 234.1 was in force in Ontario at the time the appellant was charged but was not in force in British Columbia and Quebec, infringed the right to equality before the law recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. That question was considered and determined by the Court in *R. v. Cornell*, [1988] 1 S.C.R. 461, which was heard at the same time as this appeal. For the reasons given in *Cornell*, the non-universal proclamation of s. 234.1 was justified by a valid federal objective and therefore did

Nous sommes tous d'avis qu'il n'y a pas eu de fouille abusive, compte tenu des dispositions du **Code de la route**, L.R.O. 1980, chap. 198, qui exigent cette production et que nous jugeons raisonnables.

^a Aux fins du pourvoi formé devant cette Cour, le juge Estey a énoncé les questions constitutionnelles suivantes dans son ordonnance du 8 janvier 1987:

1. La proclamation non universelle de l'art. 234.1 du *Code criminel* du Canada supprime-t-elle, restreint-elle ou enfreint-elle le droit de l'appelant à l'égalité devant la loi prévu à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*?
2. L'arrêt au hasard de véhicules à moteur par les policiers, conformément à une loi fédérale ou provinciale, enfreint-il le droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Si la réponse à la question 2 est affirmative, une telle conduite autorisée par la loi est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
4. Le droit de l'appelant d'être protégé contre les fouilles et les perquisitions abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il enfreint par la procédure de contrôles routiers ponctuels employée par le policier enquêteur en l'espèce?
5. Si la réponse à la question 4 est affirmative, une telle conduite autorisée par la loi est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

II

La première question qui se pose dans ce pourvoi est de savoir si la proclamation non universelle de l'ancien art. 234.1 du *Code criminel*, qui a été faite conformément au par. 102(3) de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, chap. 93, et qui a fait que l'art. 234.1 était en vigueur en Ontario à l'époque de l'inculpation de l'appelant, mais non en Colombie-Britannique ni au Québec, porte atteinte au droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. La Cour a été saisie de cette question et a statué sur celle-ci dans l'affaire *R. c. Cornell*, [1988] 1 S.C.R. 461, entendue en même temps que le présent pourvoi. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Cornell*, la proclama-

not infringe s. 1(b). The first constitutional question should accordingly be answered in the negative.

III

The second issue in the appeal is whether the random stop of the appellant's motor vehicle resulted in the appellant's being arbitrarily detained within the meaning of s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides:

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

The second constitutional question refers to "the random stopping of motor vehicles by police officers pursuant to federal and/or provincial statute." The statutory provision relied on by the respondent as authority for the random stop of the appellant for the purposes contemplated by the spot check procedure is s. 189a of the Ontario *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198, as amended by s. 2 of the *Highway Traffic Amendment Act, 1981 (No. 3)*, S.O. 1981, c. 72. Sections 189a(1) and (2) are as follows:

189a.—(1) A police officer, in the lawful execution of his duties and responsibilities, may require the driver of a motor vehicle to stop and the driver of a motor vehicle, when signalled or requested to stop by a police officer who is readily identifiable as such, shall immediately come to a safe stop.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence and on conviction is liable to a fine of not less than \$100 and not more than \$2,000 or to imprisonment for a term of not more than six months, or to both.

In the course of oral argument reference was also made to s. 30a of the *Highway Traffic Act*, as amended by s. 1 of the *Highway Traffic Amendment Act, 1981 (No. 3)*, which provides for the surrender and suspension of a driver's licence in certain cases following a demand for a sample of breath under s. 234.1(1) or s. 235(1) of the *Criminal Code*. Section 30a(1) reads as follows:

30a.—(1) A police officer, readily identifiable as such, may require the driver of a motor vehicle to stop for the purpose of determining whether or not there is

tion non universelle de l'art. 234.1 était justifiée par un objectif fédéral régulier et n'enfreignait donc pas l'al. 1b). La première question constitutionnelle doit donc recevoir une réponse négative.

III

La deuxième question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si l'arrêt au hasard du véhicule à moteur de l'appelant a entraîné la détention arbitraire de l'appelant, au sens de l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui porte:

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

La deuxième question constitutionnelle mentionne «l'arrêt au hasard de véhicules à moteur par les policiers conformément à une loi fédérale ou provinciale». La disposition législative que l'intimée invoque pour justifier d'avoir, au hasard, demandé à l'appelant de s'arrêter pour les fins envisagées par la procédure de contrôles routiers ponctuels, est l'art. 189a du *Code de la route* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 198, modifié par l'art. 2 de la *Highway Traffic Amendment Act, 1981 (No. 3)*, S.O. 1981, chap. 72. Les paragraphes 189a(1) et (2) sont ainsi conçus:

189a (1) Un agent de police, dans l'exercice légitime de ses fonctions, peut exiger du conducteur d'un véhicule automobile qu'il s'arrête. Si tel est le cas, le conducteur obtempère immédiatement à la demande de l'agent identifiable à première vue comme tel.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable d'infraction et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende d'au moins 100 \$ et d'au plus 2 000 \$ et d'un emprisonnement maximum de six mois ou de l'une de ces peines.

Au cours des plaidoiries, on a aussi mentionné l'art. 30a du *Code de la route*, modifié par l'art. 1 de la *Highway Traffic Amendment Act, 1981 (No. 3)*, qui prévoit la remise et la suspension d'un permis de conduire dans certains cas à la suite d'une demande d'échantillon d'haleine fondée sur le par. 234.1(1) ou 235(1) du *Code criminel*. Le paragraphe 30a(1) est ainsi conçu:

30a (1) Un agent de police aisément reconnaissable comme tel peut exiger du conducteur d'un véhicule automobile qu'il s'arrête pour établir s'il y a lieu ou non

evidence to justify making a demand under section 234.1 of the *Criminal Code* (Canada).

It was not contended that there was federal statutory authority for the random stop, as distinct from the s. 234.1(1) demand, nor was reliance placed on the common law authority for a random stop affirmed in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, although the reasoning in *Dedman* was referred to by the respondent in support of the constitutionality of the random stop authority conferred by the *Highway Traffic Act*.

Reference may also be made at this point to the provincial legislative provisions requiring the surrender for inspection of a driver's licence and insurance card upon the demand of a police officer. They are s. 19(1) of the *Highway Traffic Act* and s. 3(1) of the *Compulsory Automobile Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 83, which, at the time the appellant was stopped, read as follows:

19.—(1) Every driver of a motor vehicle shall carry his licence with him at all times while he is in charge of a motor vehicle and shall surrender the licence for reasonable inspection upon the demand of a constable or officer appointed for carrying out the provisions of this Act.

3.—(1) An operator of a motor vehicle on a highway shall have in the motor vehicle at all times,

- (a) an insurance card for the motor vehicle; or
- (b) an insurance card evidencing that the operator is insured under a contract of automobile insurance,

and the operator shall surrender the insurance card for reasonable inspection upon the demand of a police officer.

The first issue with respect to the appellant's contention based on s. 9 of the *Charter* is whether the random stop of the appellant for the purposes of the spot check procedure—in this case, to check the driver's licence and proof of insurance and to observe his condition or "sobriety"—resulted in a detention of the appellant within the meaning of s. 9. I refer to the period during which the appellant was stopped for the purposes of the spot check procedure, as distinct from the period following the s. 234.1(1) demand. In my opinion the random

de le soumettre à l'épreuve visée à l'article 234.1 du *Code criminel* (Canada).

On n'a pas soutenu qu'il y avait un pouvoir légal fédéral d'arrêter au hasard, distinct de la sommation faite en vertu du par. 234.1(1), et on ne s'est pas fondé non plus sur le pouvoir de *common law* d'arrêter au hasard, reconnu dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, quoique l'intimée se soit référée au raisonnement suivi dans l'arrêt *Dedman* pour faire valoir la constitutionnalité du pouvoir d'arrêter au hasard, conféré par le *Code de la route*.

On peut aussi mentionner à ce stade les dispositions législatives provinciales exigeant la remise, pour examen, du permis de conduire et de la carte d'assurance, à la demande d'un agent de police. Il s'agit des par. 19(1) du *Code de la route* et 3(1) de la *Loi sur l'assurance-automobile obligatoire*, L.R.O. 1980, chap. 83, qui, à l'époque où l'on a demandé à l'appellant de s'arrêter, étaient ainsi conçus:

19 (1) Le conducteur d'un véhicule automobile doit porter en tout temps son permis de conduire lorsqu'il a la charge du véhicule. Il le présente pour inspection légitime, à la demande d'un agent de police ou d'un agent chargé de faire appliquer les dispositions de la présente loi.

3 (1) L'utilisateur d'un véhicule automobile sur une route doit détenir en tout temps:

- a) une carte d'assurance du véhicule;
- b) une carte d'assurance attestant qu'il est assuré en vertu d'un contrat d'assurance-automobile.

Il est tenu de remettre cette carte à la demande d'un agent de police qui désire l'examiner.

La première question qui se pose concernant l'argument de l'appellant fondé sur l'art. 9 de la *Charte*, est de savoir si, en arrêtant au hasard l'appellant pour les fins d'un contrôle routier ponctuel, savoir en l'espèce, la vérification du permis de conduire et de la preuve d'assurance, ainsi que de l'état du conducteur ou de sa «sobriété», il y a eu détention de l'appellant au sens de l'art. 9. Je veux parler de la période durant laquelle l'appellant a été immobilisé pour les fins du contrôle routier ponctuel, par opposition à la période qui a suivi la

stop of the appellant for the purposes of the spot check procedure, although of relatively brief duration, resulted in a detention of the appellant within the meaning of s. 9 of the *Charter*. It fell within the general concept of detention that was applied in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and reaffirmed by the Court in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, which was heard at the same time as this appeal and in which judgment has been rendered today. By the random stop for the purposes of the spot check procedure the police officer assumed control over the movement of the appellant by a demand or direction that might have significant legal consequence, and there was penal liability for refusal to comply with the demand or direction. Although *Therens* and *Thomsen* were concerned with the meaning of "detention" in s. 10 of the *Charter*, there is, in my opinion, no reason in principle why the general approach to the meaning of detention reflected in those cases should not be applied to the meaning of "detained" in s. 9. The further restraint of liberty as a result of the s. 234.1(1) demand was also a detention, as was held in *Thomsen*, but that demand was not based directly on random choice, as was the stop for purposes of the spot check procedure, but on a reasonable suspicion, formed as a result of the observation of the appellant in the course of the spot check procedure, that the appellant had alcohol in his blood.

The next issue with respect to the appellant's contention based on s. 9 of the *Charter* is whether the detention resulting from the random stop for the purposes of the spot check procedure was arbitrary within the meaning of s. 9. Section 189a(1) of the *Highway Traffic Act* empowers a police officer who is in the lawful execution of his duties and responsibilities to require the driver of a motor vehicle to stop. It does not specify that there must be some grounds or cause for stopping a particular driver but on its face leaves the choice of the drivers to be stopped to the discretion of the officer. In carrying out the purposes of the spot check procedure, including the observation of the

sommatton fondée sur le par. 234.1(1). À mon avis, l'arrêt au hasard du véhicule de l'appellant pour les fins du contrôle routier ponctuel, quoique d'une durée relativement brève, a entraîné la détention de l'appellant, au sens de l'art. 9 de la *Charte*. Cette procédure relève de la notion générale de détention appliquée dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et réaffirmée par la Cour dans l'affaire *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, qu'elle a entendue en même temps que le présent pourvoi et sur laquelle elle statue aujourd'hui. En arrêtant des véhicules au hasard pour les fins du contrôle routier ponctuel, l'agent de police a restreint la liberté d'action de l'appellant au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui pourrait entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique, et il y avait une responsabilité pénale en cas de refus d'obtempérer à la sommation ou à l'ordre. Bien que les arrêts *Therens* et *Thomsen* aient porté sur le sens du terme «détention» à l'art. 10 de la *Charte*, j'estime qu'il n'y a, en principe, aucune raison de ne pas appliquer au mot «détention» à l'art. 9 la définition générale du mot «détention» qui se dégage de ces arrêts. L'entrave supplémentaire à la liberté résultant de la sommation fondée sur le par. 234.1(1) constituait aussi une détention, comme on l'a conclu dans l'arrêt *Thomsen*, mais cette sommation n'était pas fondée directement sur un choix au hasard, comme l'arrêt d'un véhicule afin de procéder à un contrôle routier ponctuel, mais sur un soupçon raisonnable, résultant de l'observation de l'appellant au cours du contrôle routier ponctuel, que ce dernier avait de l'alcool dans son sang.

La question qui se pose ensuite relativement à l'argument de l'appellant fondé sur l'art. 9 de la *Charte* est de savoir si la détention qui s'ensuit, lorsque l'on arrête des véhicules au hasard afin de procéder à un contrôle routier ponctuel, est arbitraire au sens de l'art. 9. Le paragraphe 189a(1) du *Code de la route* habilite l'agent de police, dans l'exercice légitime de ses fonctions, à exiger du conducteur d'un véhicule automobile qu'il s'arrête. Il ne précise pas qu'il doit y avoir des raisons ou une cause pour demander à un automobiliste en particulier de s'arrêter mais, comme sa simple lecture l'indique, il laisse à l'agent le pouvoir discrétionnaire de choisir à quel automobiliste il va

condition or "sobriety" of the driver, the officer was clearly in the lawful execution of his duties and responsibilities. Although authorized by statute and carried out for lawful purposes, the random stop for the purposes of the spot check procedure nevertheless resulted, in my opinion, in an arbitrary detention because there were no criteria for the selection of the drivers to be stopped and subjected to the spot check procedure. The selection was in the absolute discretion of the police officer. A discretion is arbitrary if there are no criteria, express or implied, which govern its exercise. The appellant was therefore arbitrarily detained, within the meaning of s. 9 of the *Charter*, as a result of the random stop for the purposes of the spot check procedure, and the second constitutional question should accordingly be answered in the affirmative.

IV

It is necessary then to consider whether the right not to be arbitrarily detained, guaranteed by s. 9 of the *Charter*, is subject, in the case of the authority to stop motor vehicles conferred by s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act*, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*, which provides:

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.

As indicated in *Therens* and *Thomsen*, a limit prescribed by law, within the meaning of s. 1 of the *Charter*, may arise by implication from the terms of a legislative provision or its operating requirements. There is, in my opinion, the implication of a limit on the right not to be arbitrarily detained arising from the terms of s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act*, which confers an au-

demandeur de s'arrêter. En réalisant les fins visées par la procédure de contrôles routiers ponctuels, dont la vérification de l'état ou de la «sobriété» du conducteur, l'agent était clairement dans l'exercice légitime de ses fonctions. Bien qu'autorisé par la loi et exécuté pour des fins légitimes, l'arrêt au hasard, effectué dans le but de procéder à un contrôle routier ponctuel, a néanmoins entraîné, à mon avis, une détention arbitraire parce qu'il n'y avait aucun critère de sélection des conducteurs à qui on demanderait de s'arrêter et de se soumettre au contrôle routier ponctuel. La sélection était laissée à l'entière discrétion de l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice. En l'espèce il n'y en avait aucun. L'appelant a donc été détenu arbitrairement, au sens de l'art. 9 de la *Charte*, par suite de l'arrêt au hasard effectué dans le but de procéder à un contrôle routier ponctuel, et la seconde question constitutionnelle doit, par conséquent, recevoir une réponse affirmative.

IV

Il est maintenant nécessaire de se demander si le droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte* peut, dans le cas du pouvoir d'arrêter des véhicules à moteur conféré par le par. 189a(1) du *Code de la route*, être restreint par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*, qui porte:

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.

Comme l'indiquent les arrêts *Therens* et *Thomsen*, une restriction par une règle de droit, au sens de l'article premier de la *Charte*, peut découler implicitement des termes d'une disposition législative ou de ses conditions d'application. À mon avis, une restriction tacite au droit à la protection contre la détention arbitraire résulte des termes du par. 189a(1) du *Code de la route*, qui confère à un

thority on a police officer to choose, in his absolute discretion, the drivers of motor vehicles whom he will require to stop. In other words, it authorizes the random stop of motor vehicles.

The question then is whether the limit imposed by s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* on the right not to be arbitrarily detained is a reasonable one demonstrably justified in a free and democratic society, within the meaning of s. 1 of the *Charter*. The test for determining that question was formulated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and restated by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, as follows at pp. 768-69:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgement of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

The section 1 material that was placed before the Court by the respondent on the issue of arbitrary detention falls into two parts. The first consists of the material in volumes I to VII inclusive on the problem of impaired driving which was considered and applied by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385, and by this Court in *Thomsen*, in concluding that the limit imposed by s. 234.1(1) of the *Criminal*

agent de police le pouvoir de choisir, à son entière discrétion, les conducteurs de véhicules automobiles auxquels il ordonnera de s'arrêter. En d'autres termes, il autorise l'arrêt au hasard des véhicules automobiles.

La question qui se pose alors est de savoir si la restriction imposée par le par. 189a(1) du *Code de la route* au droit à la protection contre la détention arbitraire est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*. Le critère applicable pour trancher cette question a été formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et réitéré par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

La documentation relative à l'article premier présentée à la Cour par l'intimée sur la question de la détention arbitraire se subdivise en deux parties. La première consiste en des documents, réunis dans les volumes I à VII inclusivement, portant sur le problème de la conduite avec facultés affaiblies, que la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385, et cette Cour, dans l'affaire *Thomsen*, ont examinés et appliqués

Code on the right to counsel was justified under s. 1 of the *Charter*. That material would appear to have been introduced by the respondent in this appeal primarily in justification of the detention resulting from the s. 234.1(1) demand. The conclusions that were drawn from that material by Finlayson J.A. in *Seo* were adopted by this Court in *Thomsen*, and they need not be restated here. It is sufficient to note what would appear to be of particular relevance in the material to the justification of a random stop authority. What the material emphasizes is not only the seriousness of impaired driving, but the difficulty of detecting it by observation of the driving and the importance, in order to increase the effective deterrence of it, of increasing the perceived risk of its detection. The material refers at several places to the random stop or spot check of drivers as calculated to increase the perceived risk of the detection of impairment because it affords a police officer a closer opportunity for observation of a driver's condition. It is seen as a means of making mandatory roadside breath testing more effective.

What may be regarded as the second part of the s. 1 material is contained in volumes VIII to X inclusive and in appendices to the respondent's factum. It consists of the following material: legislation in other provinces and democratic jurisdictions conferring authority to require the driver of a motor vehicle to stop; other legislation in Ontario conferring authority to stop motor vehicles "without articulable cause"; provisions of the *Highway Traffic Act* and *Compulsory Automobile Insurance Act* the violation of which occur "without any necessary external or visible manifestations"; provincial government reports for several years containing statistical analysis of motor vehicle accidents, motor vehicle offences, suspension of driver's licences, and claims on the Motor Vehicle Accident Claims Fund; and charts or tables collating the statistical data with reference to what the respondent submitted were the indications of par-

pour conclure que la restriction que le par. 234.1(1) du *Code criminel* impose au droit à l'assistance d'un avocat est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*. Cette documentation paraît avoir été produite par l'intimée en l'espèce principalement pour justifier la détention résultant d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1). Les conclusions que le juge Finlayson de la Cour d'appel a tirées de cette documentation dans l'arrêt *Seo* ont été adoptées par cette Cour dans l'arrêt *Thomsen* et n'ont pas à être réitérées ici. Il suffit de rappeler ce qui semblait être particulièrement pertinent dans la documentation pour justifier un pouvoir d'arrêter au hasard. La documentation insiste non seulement sur la gravité de la conduite avec facultés affaiblies, mais encore sur la difficulté de la détecter par la simple observation de la façon de conduire, et sur l'importance, pour dissuader plus efficacement les gens de conduire en état de facultés affaiblies, d'accroître la perception du risque qu'ils soient découverts. La documentation décrit à maintes reprises l'arrêt au hasard ou le contrôle ponctuel des automobilistes, comme étant conçu pour accroître la perception du risque de détection de l'affaiblissement des facultés, du fait qu'il permet à un agent de police d'observer de plus près l'état du conducteur. On y voit un moyen de rendre plus efficace l'alcootest obligatoire.

Ce qu'on peut considérer comme la seconde partie de la documentation relative à l'article premier se retrouve aux volumes VIII à X inclusivement et dans les annexes jointes au mémoire de l'intimée. Elle se compose des documents suivants: les mesures législatives d'autres provinces et ressorts démocratiques habilitant à exiger du conducteur d'un véhicule automobile qu'il s'arrête; d'autres mesures législatives ontariennes conférant le pouvoir d'arrêter les véhicules automobiles [TRADUCTION] «sans raison précise»; des dispositions du *Code de la route* et de la *Loi sur l'assurance-automobile obligatoire* qui peuvent être enfreintes [TRADUCTION] «sans qu'il en découle nécessairement des manifestations externes ou visibles», des rapports du gouvernement provincial visant plusieurs années et comportant une analyse statistique des accidents de la route, des infractions à la circulation automobile, de la suspension des permis

particular relevance to the justification of a random stop authority.

The above material reinforces the impression of the gravity of the problem of motor vehicle accidents in terms of the resulting deaths, personal injury and property damage, and the overriding importance of the effective enforcement of the motor vehicle laws and regulations in the interests of highway safety. The charts or tables prepared by the respondent from the statistical data in the government reports stress the following points: the relative importance of licence suspension and the effective enforcement of it; the relatively higher proportion of unlicensed and uninsured drivers, by comparison with the proportion of licensed and insured drivers, involved in motor vehicle accidents resulting in death or personal injury; and the relative importance of the motor vehicle offences, including driving without a licence or while under licence suspension or without insurance, which cannot be detected by observation of the driving. Again, a random stop authority is said to be justified by increasing the perceived risk of the detection of such offences.

In view of the importance of highway safety and the role to be played in relation to it by a random stop authority for the purpose of increasing both the detection and the perceived risk of detection of motor vehicle offences, many of which cannot be detected by mere observation of driving, I am of the opinion that the limit imposed by s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* on the right not to be arbitrarily detained guaranteed by s. 9 of the *Charter* is a reasonable one that is demonstrably justified in a free and democratic society. The nature and degree of the intrusion of a random stop for the purposes of the spot check procedure in the present case, remembering that the driving of a motor vehicle is a licensed activity subject to

de conduire et des réclamations au Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents de véhicules automobiles, et des graphiques ou tableaux réunissant les données statistiques relatives à ce qui, d'après
 a l'intimée, constituait des indications particulièrement pertinentes de la justification du pouvoir d'arrêter au hasard.

La documentation qui précède renforce l'impression de gravité du problème des accidents de la route, en termes de décès, de blessures et de dommages matériels, et appuie l'importance primordiale d'une application efficace des lois et règlements de la circulation automobile, en vue
 c d'assurer la sécurité routière. Les graphiques ou tableaux préparés par l'intimée à partir des données statistiques figurant dans les rapports gouvernementaux soulignent les points suivants: l'importance relative de la suspension du permis et de la répression de la conduite automobile avec permis suspendu; la proportion relativement plus élevée des conducteurs sans permis et sans assurance, par rapport à la proportion des conducteurs titulaires
 d d'un permis et assurés, impliqués dans des accidents de la route ayant causé un décès ou des blessures; et l'importance relative des infractions à la circulation automobile, dont la conduite sans permis, ou avec permis suspendu, ou sans assurance, qu'on ne peut déceler par la simple observation de la façon de conduire. Ici encore, un pouvoir d'arrêter au hasard est, soutient-on, justifié parce
 e qu'il contribue à accroître la perception du risque de détection de ces infractions.

Vu l'importance de la sécurité routière et du rôle qu'est appelé à jouer à ce sujet le pouvoir d'arrêter au hasard afin d'accroître tant la détection que la perception du risque de détection des infractions à la circulation automobile, dont plusieurs sont indétectables par la simple observation de la façon de conduire, je suis d'avis que la restriction que le par. 189a(1) du *Code de la route* impose au droit à
 h la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. De par sa nature et son degré, l'intrusion que représente l'arrêt au hasard effectué afin de procéder à un contrôle routier ponctuel en l'espèce, en ayant à l'esprit que

regulation and control in the interests of safety, is proportionate to the purpose to be served. If the stopping of motor vehicles for such purposes is not to be seriously inhibited, it should not, in my respectful opinion, be subjected to the kinds of conditions or restrictions reflected in the American jurisprudence (cf. *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979), and *Little v. State*, 479 A.2d 903 (Md. 1984)), which would appear seriously to undermine its effectiveness while not significantly reducing its intrusiveness. As for publicity, which was referred to in *Dedman* in connection with common law authority for a random stop for the purposes contemplated by the R.I.D.E. program, I think it may be taken now that the public is well aware of random stop authority both because of its frequent and widespread exercise and its recognition by legislatures.

For the above reasons I am of the opinion that the random stop of the appellant for the purposes of the spot check procedure was a justified interference with the right not to be arbitrarily detained guaranteed by s. 9 of the *Charter*, and I would accordingly answer the third constitutional question in the affirmative.

V

The final issue in the appeal is whether, as contended by the appellant, the demand by the police officer that the appellant surrender his driver's licence and insurance card for inspection, as required by s. 19(1) of the *Highway Traffic Act* and s. 3(1) of the *Compulsory Automobile Insurance Act*, infringed the right to be secure against unreasonable search or seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter*, which is as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

The appellant contended that the compelled production of his driver's licence and insurance card constituted a search within the meaning of s. 8 and that it was an unreasonable search because there were no criteria or guidelines for determining

la conduite d'un véhicule automobile est une activité autorisée et assujettie à une réglementation et à un contrôle pour des motifs de sécurité, est proportionnelle à la fin recherchée. Si l'arrêt de véhicules automobiles pour ces fins ne doit pas être sérieusement entravé, il faut éviter, à mon avis, de l'assujettir au genre de conditions ou de restrictions qui se dégagent de la jurisprudence américaine (cf. *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979), et *Little v. State*, 479 A.2d 903 (Md. 1984)), qui sembleraient miner gravement son efficacité tout en ne diminuant pas sensiblement l'intrusion qui s'ensuit. Quant à la publicité, dont on a fait mention dans l'arrêt *Dedman* relativement au pouvoir de *common law* d'arrêter au hasard pour les fins visées par le programme R.I.D.E., je pense qu'on peut maintenant tenir pour acquis que le public connaît très bien l'existence de ce pouvoir d'arrêter en raison de son exercice fréquent et répandu et de sa reconnaissance par les corps législatifs.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que l'arrêt au hasard du véhicule de l'appelant, afin de procéder à un contrôle routier ponctuel, constituait une atteinte justifiée au droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte*, aussi suis-je d'avis de répondre par l'affirmative à la troisième question constitutionnelle.

V

La dernière question soulevée en l'espèce est de savoir si, comme le soutient l'appelant, la demande de l'agent de police, que l'appelant lui remette son permis de conduire et sa carte d'assurance pour examen, comme le requièrent les par. 19(1) du *Code de la route* et 3(1) de la *Loi sur l'assurance-automobile obligatoire*, portait atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*, que voici:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

L'appelant soutient que la production forcée de son permis de conduire et de sa carte d'assurance constituait une fouille au sens de l'art. 8 et que cette fouille était abusive parce qu'il n'y avait aucun critère ni aucune directive permettant de

when a driver should be required to surrender these documents for inspection. In my opinion the demand by the police officer, pursuant to the above legislative provisions, that the appellant surrender his driver's licence and insurance card for inspection did not constitute a search within the meaning of s. 8 because it did not constitute an intrusion on a reasonable expectation of privacy. Cf. *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. There is no such intrusion where a person is required to produce a licence or permit or other documentary evidence of a status or compliance with some legal requirement that is a lawful condition of the exercise of a right or privilege. There was therefore no infringement of the right to be secure against unreasonable search or seizure, and I would accordingly answer the fourth constitutional question in the negative.

For the foregoing reasons I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does the non-universal proclamation of s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada abrogate, abridge or infringe the appellant's right to equality before the law as provided by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*?

Answer: No.

2. Does the random stopping of motor vehicles by police officers pursuant to federal and/or provincial statute infringe the right to not be arbitrarily detained as guaranteed by s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

3. If the answer to question 2 above is in the affirmative, is such statutorily permitted conduct justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Yes.

4. Was the appellant's right to be secure against unreasonable search as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* infringed by the "spot check" procedure employed by the investigating officer herein?

déterminer quand un automobiliste devrait être requis de remettre ces documents pour examen. À mon avis, la demande de l'agent de police, faite conformément aux dispositions législatives précitées, que l'appelant lui remette son permis de conduire et sa carte d'assurance pour examen, ne constituait pas une fouille au sens de l'art. 8, parce qu'elle ne constituait pas une atteinte à une expectative raisonnable en matière de vie privée. Cf. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Il n'y a pas d'atteinte de ce genre lorsqu'une personne est requise de produire une licence ou un permis, ou une autre preuve documentaire d'un statut ou du respect de quelque exigence légale constituant une condition licite de l'exercice d'un droit ou d'un privilège. Il n'y a donc pas eu atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives et, par conséquent, je suis d'avis de répondre par la négative à la quatrième question constitutionnelle.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. La proclamation non universelle de l'art. 234.1 du *Code criminel* du Canada supprime-t-elle, restreint-elle ou enfreint-elle le droit de l'appelant à l'égalité devant la loi prévu à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*?

Réponse: Non.

2. L'arrêt au hasard de véhicules à moteur par les policiers, conformément à une loi fédérale ou provinciale, enfreint-il le droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

3. Si la réponse à la question 2 est affirmative, une telle conduite autorisée par la loi est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Oui.

4. Le droit de l'appelant d'être protégé contre les fouilles et les perquisitions abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il enfreint par la procédure de contrôles routiers ponctuels employée par le policier enquêteur en l'espèce?

Answer: No.

5. If the answer to question 4 above is in the affirmative, is such statutorily permitted conduct justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^a

Answer: It is not necessary to answer this question.

Appeal dismissed. The first constitutional question should be answered in the negative, the second and third in the affirmative, and the fourth in the negative. It was not necessary to answer the fifth constitutional question.

Solicitor for the appellant: Irvin H. Sherman, Toronto.

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

Solicitor for the intervener: Frank Iacobucci, Ottawa.

Réponse: Non.

5. Si la réponse à la question 4 est affirmative, une telle conduite autorisée par la loi est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse négative, la seconde et la troisième, une réponse affirmative, et la quatrième, une réponse négative. Il n'est pas nécessaire de répondre à la cinquième question constitutionnelle.

Procureur de l'appellant: Irvin H. Sherman, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant: Frank Iacobucci, Ottawa.

John B. Thomsen *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. THOMSEN

File No.: 19516.

1987: February 26; 1988: April 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Meaning of “detention” — Accused refusing to provide a breath sample for a roadside screening device — Whether a person subject to a s. 234.1(1) demand for a breath sample for a roadside screening device being “detained” and having right to counsel under s. 10 of the Charter — If so, whether the right to counsel is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1.

A police officer engaged in spot checks of motor vehicles stopped the accused's vehicle because it had a defective headlight. The officer detected an odour of alcohol on the accused's breath and made a formal demand that he provide a breath sample for the roadside screening device. The accused refused. The officer then asked the accused to accompany him to the police car and to sit in the car. The officer then gave him two further opportunities to comply with the demand, but the accused again refused. At no time did the officer inform the accused that he had a right to retain and instruct counsel without delay. The accused was released and charged with having refused to comply with a roadside demand pursuant to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*. At trial, the Provincial Court judge dismissed the charge on the ground that the accused's right, guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*, to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay had been infringed. He held that the accused had been

John B. Thomsen *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. THOMSEN

^b

N° du greffe: 19516.

1987: 26 février; 1988: 28 avril.

^c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un avocat — Signification de «détention» — Refus de l'accusé de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest — La personne sommée en vertu de l'art. 234.1(1) de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest est-elle «détenue» et a-t-elle le droit à l'assistance d'un avocat aux termes de l'art. 10 de la Charte? — Dans l'affirmative, le droit à l'assistance d'un avocat est-il restreint, dans le cas d'une sommation en vertu de l'art. 234.1(1), par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1.

Un policier chargé d'effectuer des contrôles routiers ponctuels de véhicules automobiles a intercepté le véhicule de l'accusé parce que le véhicule avait un phare défectueux. Le policier a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'accusé et lui a demandé formellement de lui soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest. L'accusé a refusé. Le policier a alors demandé à l'accusé de l'accompagner jusqu'à la voiture de police et d'y prendre place. Le policier lui a ensuite donné deux autres occasions d'obtempérer à la demande, mais l'accusé a de nouveau refusé. Le policier n'a jamais informé l'accusé qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. L'accusé a été mis en liberté et accusé d'avoir refusé d'obtempérer à une demande de se soumettre à un alcootest aux termes du par. 234.1(2) du *Code criminel*. Au procès, le juge de la Cour provinciale a rejeté l'accusation sur le fondement qu'il y avait eu violation du droit de l'accusé, que garantit l'al. 10b) de la *Charte*, d'être informé de son droit d'avoir recours

detained within the meaning of s. 10 because he was required to obey the police officer when the latter signalled him to pull over and his compliance was therefore not voluntary. On appeal, the County Court set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court of Appeal upheld the judgment. This appeal is to determine (1) whether the s. 234.1(1) demand resulted in a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*; and (2) if so, whether the right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right was subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

The demand made by the police officer to the accused, pursuant to s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, to accompany him to the police car and to provide a sample of breath for a roadside screening device resulted in a detention of the accused within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. In its use of the word "detention", s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee. In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is a detention within s. 10 of the *Charter*, when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel. The necessary element of compulsion or coercion to constitute a detention may arise from criminal liability for refusal to comply with a demand or direction, or from a reasonable belief that one does not have a choice as to whether or not to comply. A section 234.1(1) demand by a police officer falls within these criteria. The demand by which the officer assumed control over the movement of the accused was one which might have significant legal consequence because, although the evidence provided by the roadside screening device could not be introduced against the accused, it might provide the basis for a s. 235(1) breathalyzer demand. For this reason, and given the criminal liability under s. 234.1(2) for refusal, without reasonable excuse, to comply with the demand, the situation was one in which a person might reasonably require the assistance of counsel. The criminal liability for refusal also con-

sans délai à l'assistance d'un avocat. Il a conclu que l'accusé avait été détenu au sens de l'art. 10 parce qu'il avait été tenu d'obéir au policier lorsque ce dernier lui a fait signe de se ranger et le respect de cet ordre n'a donc pas été volontaire. En appel, la Cour de comté a annulé l'acquittement et a ordonné un nouveau procès. La Cour d'appel a confirmé le jugement. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) a entraîné une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*; et (2) dans l'affirmative, si le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit était, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), restreint par une règle de droit, dans une limite raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La sommation faite à l'accusé par un policier aux termes du par. 234.1(1) du *Code criminel*, de l'accompagner à une voiture de police et de lui fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest entraîne la détention de l'accusé au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai. Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat. L'élément nécessaire pour que la contrainte ou la coercition constitue une détention peut découler de la responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre ou de la croyance raisonnable qu'une personne n'a pas le choix d'obtempérer ou non. La sommation faite en vertu du par. 234.1(1) par un policier relève de ces critères. La sommation par laquelle le policier a restreint la liberté d'action de l'accusé pouvait entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique parce que, même si l'élément de preuve fourni par l'alcootest ne pouvait être présenté contre l'accusé, il pouvait constituer le fondement d'une demande de se soumettre à un éthylomètre en vertu du par. 235(1). Pour ce motif, et à cause de la responsabilité criminelle qui découle du par. 234.1(2) en cas de refus, sans excuse raisonnable, d'obtempérer à la sommation, il s'agissait d'une situation dans laquelle une

stituted the necessary compulsion or coercion to make the restraint of liberty a detention. The difference in duration of the restraint of liberty resulting from a s. 234.1(1) demand and that resulting from a s. 235(1) demand is not such as to prevent the former from constituting a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

Thus the accused had the right, upon being detained by the s. 234.1(1) demand and before responding to that demand, to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right, and there was an infringement of it, unless the right is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society, within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

An accused's right to retain counsel without delay is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter*. A limit prescribed by law within the meaning of s. 1 may result by implication from the terms of a legislative provision or its operating requirements. It need not be an explicit limitation of a particular right or freedom. That there is to be no opportunity for contact with counsel prior to compliance with a s. 234.1(1) demand is an implication of the terms of s. 234.1(1) when viewed in the context of the breath testing provisions of the *Criminal Code* as a whole. A section 234.1(1) roadside screening device test is to be administered at roadside, at such time and place as the motorist is stopped, and as quickly as possible, having regard to the outside operating limit of two hours for the breathalyzer test which it may be found to be necessary to administer pursuant to s. 235(1) of the *Code*.

The limit imposed by s. 234.1(1) of the *Code* on the right to counsel is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The important role played by roadside breath testing is not only to increase the detection of impaired driving, but also to increase the perceived risk of its detection which is essential to its effective deterrence. The importance of this role makes the necessary limitation on the right to retain and instruct counsel at the roadside testing stage a reasonable one that is demonstrably justified in a free and democratic society, having regard

personne pouvait raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus constituait également la contrainte ou la coercition nécessaire pour que l'entrave à la liberté constitue une détention. Il n'y a pas suffisamment de différence entre la durée de l'entrave à la liberté qui résulte d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) et celle qui résulte d'une sommation faite en vertu du par. 235(1) pour empêcher que la première constitue une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

L'accusé avait donc le droit lorsqu'il était détenu en vertu d'une sommation faite aux termes du par. 234.1(1) et avant d'obtempérer à cette sommation, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, et il y a eu violation de ce droit, à moins que celui-ci ne soit restreint, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), 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, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Le droit de l'accusé d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat est restreint, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. Une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier peut découler implicitement des termes d'une disposition législative ou de ses conditions d'application. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une restriction explicite d'un droit ou d'une liberté en particulier. Le fait qu'il ne doit pas y avoir d'occasion de communiquer avec un avocat avant d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) découle des termes de ce paragraphe lorsqu'ils sont examinés en fonction de l'ensemble des dispositions du *Code criminel* relatives à l'alcootest. L'alcootest que prévoit le par. 234.1(1) doit être pratiqué sur le bord de la route, au moment et à l'endroit où l'automobiliste est arrêté, et aussi rapidement que possible compte tenu du délai de deux heures imparti pour l'éthylométrie qu'on peut estimer nécessaire de pratiquer aux termes du par. 235(1) du *Code*.

Toutefois cette restriction imposée par le par. 234.1(1) du *Code* au droit à un avocat est justifiable aux termes de l'article premier de la *Charte*. Le rôle important que joue l'alcootest n'est pas seulement d'augmenter la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies, mais d'accroître la perception du risque qu'ils soient découverts, ce qui est essentiel pour constituer un moyen de dissuasion efficace. L'importance de ce rôle fait en sorte que la restriction nécessaire au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat à l'étape de l'alcootest

to the fact that the right to counsel will be available, if necessary, at the more serious breathalyzer stage.

Cases Cited

Applied: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **considered:** *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; **referred to:** *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655; *Rahn v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 659; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Altseimer* (1982), 1 C.C.C. (3d) 7; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, art. 234.1 [en. 1974-75-76, c. 93, s. 15], 235 [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 16], 237 [idem, s. 18].
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 36.

Authors Cited

Falconer, Julian. "The Alert Demand and the Right to Counsel: 'The Problem with Talbourdet'" (1986), 28 *Crim. L.Q.* 390.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered March 14, 1985, dismissing the accused's appeal from a judgment of Quinlan Co. Ct. J. (1983), 23 M.V.R. 162, which set aside the accused's acquittal and ordered a new trial on a charge of failing without reasonable excuse to comply with a roadside breath demand. Appeal dismissed.

William D. Mackie, Q.C., and *Peter DiMartino*, for the appellant.

M. A. MacDonald, for the respondent.

E. A. Bowie, Q.C., for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The general issue raised by this appeal is whether a person to whom a demand was made by a police officer, pursuant to the former

au bord de la route est une restriction raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, compte tenu du fait qu'il sera possible d'avoir droit à un avocat, si nécessaire, à l'étape plus sérieuse de l'éthylométrie.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêts examinés:** *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; **arrêts mentionnés:** *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655; *Rahn c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 659; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Altseimer* (1982), 1 C.C.C. (3d) 7; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1 [aj. 1974-75-76, chap. 93, art. 15], 235 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 16], 237 [idem, art. 18].
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 36.

Doctrines citées

Falconer, Julian. «The Alert Demand and the Right to Counsel: 'The Problem with Talbourdet'» (1986), 28 *Crim. L.Q.* 390.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 14 mars 1985, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre un jugement du juge Quinlan de la Cour de comté (1983), 23 M.V.R. 162, qui avait annulé l'acquittement de l'accusé et ordonné un nouveau procès relativement à une accusation de refus sans excuse raisonnable d'obtempérer à une demande d'alcootest. Pourvoi rejeté.

William D. Mackie, c.r., et *Peter DiMartino*, pour l'appellant.

M. A. MacDonald, pour l'intimée.

E. A. Bowie, c.r., pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question générale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si une personne à laquelle un agent de police a demandé,

s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, to accompany him to a police car and to provide a sample of breath for a roadside screening device, had, before responding to such demand, the right, guaranteed by s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. That issue turns on two questions: (a) whether the s. 234.1(1) demand resulted in a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*; and (b) if so, whether the right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right was subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on March 14, 1985, dismissing an appeal from the judgment of Quinlan Co. Ct. J. on August 8, 1983, 23 M.V.R. 162, which set aside the acquittal of the appellant by Sharpe Prov. Ct. J. on May 4, 1983 and ordered a new trial of the appellant on a charge of failing or refusing, without reasonable excuse, to comply with a demand for a sample of breath contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*.

I

On December 17, 1982, a police officer engaged in spot checks of motor vehicles in the Town of Halton Hills, Ontario, and equipped with an A.L.E.R.T. roadside breath testing device, stopped the appellant's vehicle because it had a defective headlamp. At the officer's request the appellant produced his driver's licence, which the officer examined. In the course of conversation with the appellant the officer detected the odour of alcohol on the appellant's breath. The officer testified that as a result of the odour on the appellant's breath and his conversation with the appellant he formed a reasonable suspicion that the appellant had alcohol in his blood and he made a formal demand

aux termes de l'ancien par. 234.1(1) du *Code criminel*, de le suivre jusqu'à une voiture de police et de lui soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest, avait, avant d'obtempérer à une telle demande, le droit, garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. Cette question se subdivise en deux: a) celle de savoir si la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) a entraîné une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*; et b) dans l'affirmative, celle de savoir si le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit était, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), restreint 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, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Le pourvoi, autorisé par la Cour, est formé contre l'arrêt rendu le 14 mars 1985 par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel interjeté contre le jugement rendu le 8 août 1983 par le juge Quinlan de la Cour de comté, 23 M.V.R. 162, qui avait annulé l'acquittement de l'appellant prononcé par le juge Sharpe de la Cour provinciale le 4 mai 1983 et ordonné que l'appellant subisse un nouveau procès relativement à une accusation d'omission ou de refus, sans excuse raisonnable, de donner un échantillon d'haleine contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*.

g

I

Le 17 décembre 1982, un policier chargé d'effectuer des contrôles routiers ponctuels de véhicules automobiles dans la ville de Halton Hills (Ontario) et muni d'un alcootest A.L.E.R.T. a intercepté le véhicule de l'appellant parce qu'il avait un phare défectueux. Le policier a demandé à l'appellant de lui présenter son permis de conduire et l'a examiné. Le policier a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'appellant pendant qu'il conversait avec lui. Le policier a déposé que, étant donné l'odeur exhalée par l'appellant et par suite de sa conversation avec lui, il avait des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans son sang et lui a demandé formellement de lui soumettre un

that the appellant provide a sample of breath for the roadside screening device. The appellant refused. The officer then asked the appellant to accompany him to the officer's car and to sit in the car. The appellant was seated in the officer's car for about 15 minutes while the officer wrote in his notebook and prepared an appearance notice. During this time the officer explained the reason for the demand for a roadside sample of breath and gave the appellant two further opportunities to comply with the demand, but the appellant again refused. At no time did the officer inform the appellant that he had a right to retain and instruct counsel without delay. The appellant was released on an appearance notice, his vehicle was parked and his driver's licence was suspended for 12 hours. On December 24, 1982, the appellant was charged with having failed or refused on or about December 17, 1982 in the Town of Halton Hills "to comply with a demand made to him by a peace officer to provide forthwith a sample of his breath, suitable for analysis, by means of an approved roadside screening device", contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*.

At the trial of the appellant in the Provincial Court (Criminal Division), Sharpe Prov. Ct. J. dismissed the charge against the appellant on the ground that the appellant's right, guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*, to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay had been infringed. He held that the appellant had been detained within the meaning of s. 10 because he was required to obey the police officer when the latter signalled him to pull over and his compliance was therefore not voluntary. He further held that since counsel might have advised the appellant to comply with the demand for a sample of breath there was a sufficient "nexus" between the *Charter* infringement and the charge to warrant dismissal of the charge.

On the Crown's appeal from this judgment to the County Court of the Judicial District of Halton, Quinlan Co. Ct. J. allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial on the ground that Sharpe Prov. Ct. J. had made a finding that the appellant had been detained

échantillon d'haleine pour fin d'alcootest. L'appellant a refusé. Le policier lui a alors demandé de l'accompagner jusqu'à sa voiture et d'y prendre place. L'appellant est demeuré assis dans la voiture de police pendant environ 15 minutes alors que l'agent écrivait dans son carnet et préparait un avis de comparution. Pendant ce temps, l'agent lui a expliqué pour quelle raison il lui avait demandé un échantillon d'haleine pour l'alcootest et lui a donné l'occasion à deux autres reprises d'obtempérer à la demande, mais l'appellant a de nouveau refusé. Le policier n'a jamais informé l'appellant qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. L'appellant a été mis en liberté après avoir reçu un avis de comparution, son véhicule a été conduit dans un parc de stationnement et son permis de conduire a été suspendu pendant 12 heures. Le 24 décembre 1982, l'appellant a été accusé d'avoir omis ou refusé, le 17 décembre 1982 ou vers cette date, dans la ville de Halton Hills [TRADUCTION] «de soumettre sur-le-champ l'échantillon d'haleine demandé par un agent de la paix pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcootest», contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*.

Au procès de l'appellant devant la Cour provinciale (Division criminelle), le juge Sharpe a rejeté l'accusation portée contre l'appellant pour le motif qu'il y avait eu violation du droit que l'al. 10(b) de la *Charte* lui garantissait d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Il a conclu que l'appellant avait été détenu au sens de l'art. 10 parce qu'il avait été tenu d'obéir à l'agent de police lorsque ce dernier lui avait fait signe de se ranger et, par conséquent, le respect de cet ordre n'était pas volontaire. Il a en outre conclu que, puisque l'avocat aurait pu conseiller à l'appellant de soumettre l'échantillon d'haleine demandé, il existait un «lien» suffisant entre la violation de la *Charte* et l'accusation pour justifier le rejet de cette dernière.

Le juge Quinlan de la Cour de comté du district judiciaire de Halton a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre ce jugement, a annulé l'acquiescement et a ordonné un nouveau procès pour le motif que le juge Sharpe de la Cour provinciale avait conclu que l'appellant avait été

before the evidence was complete. He was also of the view, however, that the appellant had not been detained, relying on the judgment of Ritchie J. in *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, for the meaning of detention under s. 10 of the *Charter*.

The appellant's appeal from this judgment was dismissed by the Ontario Court of Appeal (Lacourcière, Goodman and Cory JJ.A.) in a brief endorsement by Lacourcière J.A. for the reasons given by the Court of Appeal in *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 and *R. v. Altseimer* (1982), 1 C.C.C. (3d) 7 and by this Court in *Chromiak*.

The former s. 234.1 of the *Criminal Code*, which was repealed by s. 36 of the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, and replaced by a new s. 238 of the *Code*, provided for mandatory roadside breath testing at the relevant time as follows:

234.1 (1) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or both;

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

(3) In proceedings under this section, where it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be

détenu avant que la preuve ne soit complète. Toutefois, invoquant les motifs du juge Ritchie dans l'arrêt *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, pour ce qui est de définir le terme «détention» que l'on trouve à l'art. 10 de la *Charte*, il a également exprimé l'avis que l'appelant n'avait pas été détenu.

L'appel interjeté par l'appelant contre ce jugement a été rejeté sommairement par le juge Lacourcière, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Lacourcière, Goodman et Cory), pour les motifs donnés par la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 et *R. v. Altseimer* (1982), 1 C.C.C. (3d) 7, et par cette Cour dans l'arrêt *Chromiak*.

L'ancien article 234.1 du *Code criminel* qui a été abrogé par l'art. 36 de la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, et remplacé par le nouvel art. 238 du *Code*, prescrivait l'alcooltest obligatoire à l'époque en cause de la manière suivante:

234.1 (1) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcooltest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, refuse de donner l'échantillon prévu au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et est passible

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

(3) Pour l'application du présent article, le prévenu est réputé avoir la garde ou le contrôle du véhicule à moteur lorsqu'il est prouvé qu'il occupait le siège habi-

deemed to have had the care or control of the vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion.

(4) In this section, "approved road-side screening device" means a device of a kind that is designed to ascertain the presence of alcohol in the blood of a person and that is approved for the purpose of this section by order of the Attorney General of Canada.

Section 10 of the *Charter* provides:

10. Everyone has the right on arrest or detention

- (a) to be informed promptly of the reasons therefor;
- (b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and
- (c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

On the appeal to this Court the following constitutional questions were stated by Estey J. in his order of January 8, 1987:

1. Is an individual investigated by a police officer pursuant to s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada, in force as of December 24, 1982, detained within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, does s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada, as applied, violate the right of an individual to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right, contrary to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada violates the right to counsel and the right to be informed thereof, contrary to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 234.1, as applied, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

II

The first issue in the appeal is whether the demand made by the police officer to the appellant, pursuant to s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, to accompany the officer to his car and to provide a sample of breath for a roadside screening device

tuel du conducteur, à moins d'établir qu'il n'a pas pris place à bord du véhicule dans l'intention de le faire démarrer.

(4) Au présent article, «alcooltest approuvé» désigne un instrument d'un genre conçu pour procéder à l'analyse chimique d'un échantillon de l'haleine d'une personne afin d'établir son taux d'alcoolémie et approuvé pour l'application du présent article par ordonnance du procureur général du Canada.

Voici le texte de l'art. 10 de la *Charte*:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

- a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
- b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;
- c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

Lors du pourvoi devant cette Cour, le juge Estey a énoncé les questions constitutionnelles suivantes dans son ordonnance du 8 janvier 1987:

1. Lorsqu'un policier fait enquête sur une personne en vertu de l'art. 234.1 du *Code criminel* du Canada en vigueur le 24 décembre 1982, celle-ci est-elle détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 234.1 du *Code criminel* du Canada, dans son application, viole-t-il, contrairement à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit qu'a une personne d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit?
3. Si l'article 234.1 du *Code criminel* du Canada viole, contrairement à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, l'art. 234.1 est-il, dans son application, justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

II

La première question qui est soulevée dans le pourvoi est de savoir si la sommation faite par un agent de police à l'appelant, conformément au par. 234.1(1) du *Code criminel*, de le suivre jusqu'à sa voiture et de lui fournir un échantillon d'haleine

resulted in a detention of the appellant within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

In the course of argument reference was necessarily made to the implications for this issue of the judgment of this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, in which it was held that a demand made by a police officer to the respondent, pursuant to the former s. 235(1) of the *Criminal Code*, to accompany the officer to a police station and to submit to a breathalyzer test resulted in a detention of the respondent within the meaning of s. 10 of the *Charter*. The former s. 235 of the *Code* provided:

235. (1) Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 234 or 236, he may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable such samples of his breath as in the opinion of a qualified technician referred to in subsection 237(6) are necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

The judgment in *Therens* was applied by the Court to the same issue respecting detention in *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655, at p. 657, and in *Rahn v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 659, at p. 661, in the following terms: "For the reasons given in the judgment of this Court in *R. v. Therens*, *supra*, we hold that as a result of the s. 235(1) demand the appellant was detained within

pour fin d'alcootest a entraîné une détention de l'appellant, au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

Au cours des débats, on a nécessairement mentionné les conséquences qu'a sur cette question l'arrêt de cette Cour *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, où on a jugé que la sommation faite par un policier à l'intimé, conformément à l'ancien par. 235(1) du *Code criminel*, de le suivre au poste de police pour subir une éthylométrie a entraîné la détention de l'intimé au sens de l'art. 10 de la *Charte*. Voici le texte de l'ancien art. 235 du *Code*:

235. (1) L'agent de la paix qui croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 234 ou 236, peut, par sommation, exiger sur-le-champ ou dès que possible, qu'elle fournisse les échantillons d'haleine qui, de l'avis d'un technicien qualifié visé au paragraphe 237(6), sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son taux d'alcoolémie et qu'elle le suive afin de prélever ces échantillons.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à une sommation qui lui est faite par un agent de la paix aux termes du paragraphe (1), est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, et passible

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

La Cour a appliqué l'arrêt *Therens* à la même question concernant la détention dans l'arrêt *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655, à la p. 657, et dans l'arrêt *Rahn c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 659, à la p. 661, de la manière suivante: «Pour les motifs donnés dans l'arrêt de cette Cour *R. c. Therens*, précité, nous concluons que, par suite de la sommation qui lui a été faite conformé-

the meaning of s. 10 of the *Charter* and that he was therefore denied the right to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay." I venture to restate what I perceive to be the essentials of those reasons, as they appear in my judgment in *Therens*, as follows:

1. In its use of the word "detention", s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee.

2. In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is a detention within s. 10 of the *Charter*, when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel.

3. The necessary element of compulsion or coercion to constitute a detention may arise from criminal liability for refusal to comply with a demand or direction, or from a reasonable belief that one does not have a choice as to whether or not to comply.

4. Section 10 of the *Charter* applies to a great variety of detentions of varying duration and is not confined to those of such duration as to make the effective use of *habeas corpus* possible.

In my opinion the s. 234.1(1) demand by the police officer to the appellant to accompany him to his car and to provide a sample of breath into a roadside screening device fell within the above criteria. The demand by which the officer assumed control over the movement of the appellant was one which might have significant legal consequence because, although the evidence provided by the roadside screening device could not be introduced against the appellant, it might provide the basis for a s. 235(1) breathalyzer demand. For this reason, and given the criminal liability under s. 234.1(2) for refusal, without reasonable excuse, to

ment au par. 235(1), l'appelant a été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* et qu'on lui a donc refusé le droit d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.» Je me permets de réitérer ce que je perçois comme les éléments essentiels de ces motifs, tels qu'ils ressortent de mon jugement dans l'arrêt *Therens*:

1. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

2. Outre, le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.

3. L'élément de contrainte ou de coercition nécessaire pour qu'il y ait détention peut découler de la responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre, ou de la conviction raisonnable qu'on n'a pas le choix d'obtempérer ou non.

4. L'article 10 de la *Charte* s'applique à une multiplicité de detentions de diverses durées et n'est pas limité à celles d'une durée qui permet un recours efficace par voie d'*habeas corpus*.

À mon avis, la sommation faite par le policier à l'appelant, en vertu du par. 234.1(1), de le suivre jusqu'à sa voiture et de lui soumettre un échantillon d'haleine pour pratiquer un alcootest relève des critères susmentionnés. La sommation par laquelle le policier a restreint la liberté d'action de l'appelant pouvait entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique parce que, même si l'élément de preuve fourni par l'alcootest ne pouvait être présenté contre l'appelant, il pouvait justifier une sommation de subir une éthylométrie en vertu du par. 235(1). Pour ce motif, et à cause de la responsabilité criminelle qui découle du par. 234.1(2) en

comply with the demand, the situation was one in which a person might reasonably require the assistance of counsel. The criminal liability for refusal also constituted the necessary compulsion or coercion to make the restraint of liberty a detention. The difference in duration of the restraint of liberty resulting from a s. 234.1(1) demand and that resulting from a s. 235(1) demand is not such as to prevent the former from constituting a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*. For these reasons I am of the opinion that as a result of the s. 234.1(1) demand the appellant was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

Thus the appellant had the right, upon being detained by the s. 234.1(1) demand and before responding to that demand, to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right, and there was an infringement of it, unless the right is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society, within the meaning of s. 1 of the *Charter*. I turn to that question now.

III

The first issue arising with respect to the application of s. 1 is whether the right to retain counsel without delay is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a limit prescribed by law, within the meaning of s. 1. In *Therens*, where the Court held that s. 235(1) of the *Code* did not preclude contact with counsel prior to the breathalyzer test, I had occasion to state what I understood to be a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 as follows at p. 645:

The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating

cas de refus, sans excuse raisonnable, d'obtempérer à la sommation, il s'agissait d'une situation où une personne pouvait raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus constituait également la contrainte ou la coercition nécessaire pour que l'entrave à la liberté constitue une détention. Il n'y a pas suffisamment de différence entre la durée de l'entrave à la liberté qui résulte d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) et la durée de celle qui résulte d'une sommation faite en vertu du par. 235(1) pour empêcher que la première constitue une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*. Pour ces motifs, je suis d'avis que, par suite de la sommation faite en vertu du par. 234.1(1), l'appellant a été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

L'appelant avait donc le droit lorsqu'il était détenu en vertu d'une sommation faite aux termes du par. 234.1(1) et avant d'obtempérer à cette sommation, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, et il y a eu violation de ce droit, à moins que celui-ci ne soit restreint, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), 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, au sens de l'article premier de la *Charte*. J'examine maintenant cette question.

III

La première question qui est soulevée relativement à l'application de l'article premier est de savoir si le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat est restreint, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), par une règle de droit au sens de l'article premier. Dans l'arrêt *Therens*, où la Cour a jugé que le par. 235(1) du *Code* n'empêchait pas la communication avec un avocat avant l'éthylométrie, j'ai eu l'occasion d'énoncer, à la p. 645, ce qui, à mon avis, constitue une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier:

Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions

requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

I remain of the view that a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 may result by implication from the terms of a legislative provision or its operating requirements. It need not be an explicit limitation of a particular right or freedom.

In *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173 (Sask. C.A.), to which I referred in *Therens*, Cameron J.A., in agreeing with the Crown that s. 234.1(1) imposed a limit on the right to retain and instruct counsel, appears to have attached particular importance to the requirement in s. 234.1(1) that the sample of breath be provided "forthwith" (a word which he italicized) as precluding prior consultation with counsel before complying with a s. 234.1(1) demand. In our reasons for judgment in *Therens*, both Estey J. and I, in comparing s. 234.1(1) and s. 235(1), also attached importance to the fact that Parliament chose to use the word "forthwith" without qualification in s. 234.1(1) but the words "forthwith or as soon as practicable" and "then or as soon thereafter as is practicable" in s. 235(1). In the end, however, it was the two-hour operating limit under s. 237(1) for the breathalyzer test that was seen as affording a possibility of contact with counsel prior to compliance with a s. 235(1) demand.

Counsel for the appellant contended that a limit prescribed by law on the right to retain and instruct counsel does not result from the word "forthwith" in s. 234.1(1) because on the authority respecting the meaning of "forthwith" in a variety of legislative contexts, the word "forthwith" does not mean "immediately" and there is no difference in meaning between "forthwith" and "forthwith or as soon as practicable". It must be said that this contention finds support in the authorities cited by the appellant, which are also referred to in Falconer, "The Alert Demand and the Right to Counsel: 'The Problem with Talbourdet'" (1986), 28 *Crim.*

d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

Je suis toujours d'avis qu'une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier peut découler implicitement des termes d'une disposition législative ou de ses conditions d'application. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une restriction explicite d'un droit ou d'une liberté en particulier.

Dans l'arrêt *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173 (C.A. Sask.), que j'ai mentionné dans l'arrêt *Therens*, le juge Cameron, en convenant avec le ministère public que le par. 234.1(1) imposait une restriction au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, paraît avoir attaché une importance particulière à l'exigence du par. 234.1(1) que l'échantillon d'haleine soit fourni «sur-le-champ» (une expression qu'il a reproduite en italique), ce qui empêchait de consulter un avocat avant d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 234.1(1). Dans les motifs de jugement que nous avons rédigés dans l'affaire *Therens*, le juge Estey et moi-même, en comparant les par. 234.1(1) et 235(1), avons également attaché de l'importance au fait que le législateur a choisi d'utiliser l'expression «sur-le-champ» sans plus au par. 234.1(1), mais l'expression «sur-le-champ ou dès que possible» au par. 235(1). En fin de compte, toutefois, c'est le délai de deux heures imparti par le par. 237(1) pour pratiquer l'éthylométrie qui a été interprété comme accordant la possibilité de communiquer avec un avocat avant d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1).

L'avocat de l'appellant a soutenu qu'une restriction, prescrite par une règle de droit, du recours à l'assistance d'un avocat ne découle pas de l'expression «sur-le-champ» que l'on trouve au par. 234.1(1) parce que, d'après la jurisprudence et la doctrine concernant le sens de l'expression «sur-le-champ» dans divers contextes législatifs, l'expression «sur-le-champ» ne signifie pas «immédiatement» et il n'y a aucune différence de sens entre l'expression «sur-le-champ» et l'expression «sur-le-champ ou dès que possible». Il faut dire que cet argument trouve appui dans la doctrine et la jurisprudence que cite l'appellant et qui sont également

L.Q. 390, on which the appellant relied. Moreover, this was the view expressed in *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.) by Finlayson J.A., where in dealing with the same issue as the one in this appeal, he said at p. 409:

In my opinion, there is no difference in meaning between “forthwith” and “forthwith or as soon as practicable”. Both mean the same thing having regard to the nature of the test and the condition that it is designed to monitor. The breath sample under s. 234.1 or s. 235 is to be provided as quickly as it effectively can be and if this means waiting for the device to arrive or taking the detained person to a place where there is such a device, this would be within the definition of “forthwith”. It does not mean “immediately”.

Despite this view of the meaning of the word “forthwith” in s. 234.1(1), Finlayson J.A. nevertheless came to the conclusion that there was an “implicit limitation” on the right to counsel prescribed by s. 234.1(1) arising from the operational nature and purpose of a s. 234.1(1) demand, as revealed by the s. 1 material that was before the Ontario Court of Appeal. The considerations that led Finlayson J.A. to this conclusion are reflected in the following passages from his reasons for judgment at pp. 408 and 410:

Two things are apparent from the above studies. The first is that the incident of impairment and the most effective time for law enforcement is in the late evening and early morning when the realistic probability of a detained person being able to contact “forthwith” a knowledgeable lawyer to obtain advice is very low. Secondly, there has to be a fair degree of urgency in the taking of the breath sample because the longer it is delayed, the lower the blood-alcohol content of the detained person becomes because of metabolism.

In my opinion, when the need for, and purpose of, the roadside screening device (A.L.E.R.T.) is looked at in the context of the seven volumes of material submitted by the Crown, it is evident that the section, as drafted, does not permit a detained person, subject to a demand, to retain and instruct counsel before complying with

mentionnées dans Falconer, «The Alert Demand and the Right to Counsel: ‘The Problem with Talbourdet’» (1986), 28 *Crim. L.Q.* 390, invoqué par l’appelant. En outre, c’est l’opinion que le juge Finlayson a exprimée dans l’arrêt *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.) où, en traitant de la même question que celle qui est posée en l’espèce, il a dit à la p. 409:

[TRADUCTION] À mon avis, il n’y aucune différence de sens entre l’expression «sur-le-champ» et l’expression «sur-le-champ ou dès que possible». Ces deux expressions signifient la même chose compte tenu de la nature de l’épreuve et de l’état qu’elle est destinée à déceler. L’échantillon d’haleine visé à l’art. 234.1 ou à l’art. 235 doit être fourni aussi rapidement que possible et si cela signifiait qu’il faut attendre que l’instrument soit apporté ou qu’il faut amener le détenu à un endroit où se trouve cet instrument, cela relèverait de la définition de l’expression «sur-le-champ». Cela ne signifie pas «immédiatement».

Malgré cette conception du sens de l’expression «sur-le-champ» que l’on trouve au par. 234.1(1), le juge Finlayson est néanmoins arrivé à la conclusion que le par. 234.1(1) imposait une «restriction implicite» au droit de consulter un avocat en raison de la nature et de l’objet pratiques d’une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) comme cela ressort des documents relatifs à l’article premier qui ont été soumis à la Cour d’appel de l’Ontario. Les facteurs qui ont amené le juge Finlayson à cette conclusion ressortent des passages suivants de ses motifs de jugement aux pp. 408 et 410:

[TRADUCTION] Deux choses ressortent des études mentionnées précédemment. Premièrement, le moment où se produit la conduite avec facultés affaiblies et celui où on peut appliquer la loi de manière plus efficace c’est en fin de soirée et tôt le matin lorsque la probabilité réaliste qu’un détenu puisse communiquer «sur-le-champ» avec un avocat bien informé en vue d’obtenir des conseils est très faible. Deuxièmement, il doit y avoir un juste degré d’urgence dans la prise de l’échantillon d’haleine parce que plus elle est retardée moins il y a d’alcool dans le sang du détenu en raison de son métabolisme.

À mon avis, lorsqu’on examine le caractère nécessaire de l’alcooltest (A.L.E.R.T.) et son objet dans le contexte des sept volumes de documentation présentés par le ministère public, il est évident que l’article, tel qu’il a été rédigé, ne permet pas à un détenu, qui fait l’objet d’une sommation, d’avoir recours à l’assistance d’un avocat

such demand. The right to retain counsel is incompatible with the effective use of this device on a random basis with the purpose of demonstrating a police presence so as to convince the driving public that there is a high probability of detection in the event that they drive after drinking.

These observations emphasize what, as a practical matter, is implied by the words “forthwith” and “roadside” in s. 234.1(1). That there is to be no opportunity for contact with counsel prior to compliance with a s. 234.1(1) demand is, in my opinion, an implication of the terms of s. 234.1(1) when viewed in the context of the breath testing provisions of the *Criminal Code* as a whole. A s. 234.1(1) roadside screening device test is to be administered at roadside, at such time and place as the motorist is stopped, and as quickly as possible, having regard to the outside operating limit of two hours for the breathalyzer test which it may be found to be necessary to administer pursuant to s. 235(1) of the *Code*.

IV

The next issue in the appeal is whether the limit imposed on the right to retain and instruct counsel by s. 234.1(1) of the *Code* is a reasonable one demonstrably justified in a free and democratic society, within the meaning of s. 1 of the *Charter*. The test for determining that question was formulated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and restated by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, as follows at pp. 768-69:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a “pressing and substantial concern”. Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or

avant d’obtempérer à une telle sommation. Le droit à l’assistance d’un avocat est incompatible avec l’utilisation au hasard efficace de cet instrument dans le but de manifester une présence policière de manière à convaincre les automobilistes qu’ils ont de fortes chances d’être découverts si jamais ils conduisent en état d’ébriété.

Ces remarques soulignent ce que sous-entendent en pratique les expressions «sur-le-champ» et «roadside» que l’on trouve au par. 234.1(1). À mon avis, le fait qu’il ne doit pas y avoir d’occasion de communiquer avec un avocat avant d’obtempérer à la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) découle des termes de ce paragraphe lorsqu’ils sont examinés en fonction de l’ensemble des dispositions du *Code criminel* relatives à l’alcooltest. L’alcooltest que prévoit le par. 234.1(1) doit être pratiqué sur le bord de la route, au moment et à l’endroit où l’automobiliste est arrêté, et aussi rapidement que possible compte tenu du délai de deux heures imparti pour l’éthylométrie qu’on peut juger nécessaire de pratiquer conformément au par. 235(1) du *Code*.

IV

La question suivante soulevée dans le pourvoi est de savoir si la restriction imposée par le par. 234.1(1) du *Code* au droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, au sens de l’article premier de la *Charte*. Le critère pour répondre à cette question a été formulé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, puis énoncé de nouveau par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769:

Pour établir qu’une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l’objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l’objectif en question, ou avoir un

group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

The importance of the legislative purpose to be served by s. 234.1(1) of the *Code* and the necessary relationship to it of roadside breath testing under circumstances which do not permit an opportunity for contact with counsel are disclosed by the s. 1 material that was placed before the Court by the respondent in the appeal in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and relied on in this appeal, which was argued at the same time. It was the same material that was before the Ontario Court of Appeal in *Seo*, although apparently grouped together somewhat differently in the first seven volumes. The material, consisting of statistics, reports, studies, articles, Canadian legislative history and foreign legislation with respect to the problem of impaired driving, is referred to in considerable detail by Finlayson J.A. in *Seo*, and I would respectfully adopt the following statement by him at pp. 398-99 of the conclusions that may be drawn from the material:

- (1) The problem of the drinking driver has been recognized by the Ministers of Justice of Canada and by experts in traffic accident research for many years.
- (2) The problem of the drinking driver has not been controlled. It is very serious and must be addressed by urgent measures.
- (3) There is a direct relationship between drinking drivers and automobile accidents.
- (4) The severity of accidents increases almost in direct ratio to the quantity of alcohol consumed.

lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

L'importance de l'objectif législatif que vise à atteindre le par. 234.1(1) du *Code* et son lien nécessaire avec l'alcootest dans des circonstances qui ne permettent pas de communiquer avec un avocat ressortent des documents relatifs à l'article premier qui ont été présentés devant la Cour par l'intimée dans le pourvoi *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, entendu en même temps que la présente affaire, et sur lesquels on s'est fondé dans ce pourvoi. Il s'agit des mêmes documents qui ont été présentés devant la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Seo*, bien qu'ils aient, apparemment, été regroupés d'une manière quelque peu différente dans les sept premiers volumes. Le juge Finlayson de la Cour d'appel a mentionné d'une manière très détaillée dans l'arrêt *Seo* la documentation constituée de statistiques, de rapports, d'études, d'articles, de l'historique des mesures législatives canadiennes et étrangères en ce qui a trait au problème de la conduite avec facultés affaiblies et, avec égards, je fais mienne la déclaration suivante qu'il a faite aux pp. 398 et 399 relativement aux conclusions qui peuvent être tirées de ces documents:

[TRADUCTION]

- (1) Les ministres fédéraux de la Justice et les experts en matière de recherche sur les accidents de la circulation ont reconnu depuis de nombreuses années l'existence du problème de l'alcool au volant.
- (2) Le problème de l'alcool au volant n'a pas été enrayer. Il est très grave et doit faire l'objet de mesures urgentes.
- (3) Il existe un lien direct entre l'alcool au volant et les accidents d'automobile.
- (4) La gravité des accidents augmente presque proportionnellement avec la quantité d'alcool consommé.

- (5) The highest frequency of impairment is found late in the evening and in the early morning and the degree of impairment and the severity of accidents is again almost in direct relationship to the time of day.
- (6) The number of accidents increases dramatically at a blood level reading of 80 mg. per 100 ml. of blood.
- (7) The number and severity of accidents is very pronounced at the so-called moderately impaired level of between 80 and 120 mg.
- (8) The detection of drivers who are impaired at the moderate level of impairment through observation by trained police officers is ineffective.
- (9) Increased penalties have not been an effective deterrent.
- (10) The most effective deterrent is the strong possibility of detection.
- (5) On constate la fréquence la plus élevée de conduite avec facultés affaiblies tard dans la soirée et tôt le matin, et le degré d'ébriété ainsi que la gravité des accidents sont encore une fois presque directement proportionnels au moment de la journée.
- (6) Le nombre d'accidents augmente d'une manière spectaculaire lorsque le taux d'alcoolémie atteint 80 mg par 100 ml de sang.
- (7) Le nombre et la gravité des accidents sont très élevés au niveau d'alcoolémie dit modéré situé entre 80 et 120 mg.
- (8) La découverte des conducteurs aux facultés modérément affaiblies au moyen de l'observation par des policiers entraînés est inefficace.
- (9) L'augmentation des peines n'a pas été un moyen de dissuasion efficace.
- (10) La forte possibilité d'être découvert constitue le moyen de dissuasion le plus efficace.

The important role played by roadside breath testing is not only to increase the detection of impaired driving, but to increase the perceived risk of its detection, which is essential to its effective deterrence. In my opinion the importance of this role makes the necessary limitation on the right to retain and instruct counsel at the roadside testing stage a reasonable one that is demonstrably justified in a free and democratic society, having regard to the fact that the right to counsel will be available, if necessary, at the more serious breathalyzer stage.

For the foregoing reasons I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Is an individual investigated by a police officer pursuant to s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada, in force as of December 24, 1982, detained within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, does s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada, as applied, violate the right of an individual to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right, contrary to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Le rôle important que joue l'alcootest n'est pas seulement d'augmenter la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies, mais d'accroître la perception du risque qu'ils soient découverts, ce qui est essentiel pour constituer un moyen de dissuasion efficace. À mon avis, l'importance de ce rôle fait en sorte que la restriction nécessaire au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat à l'étape de l'alcootest au bord de la route est une restriction raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, compte tenu du fait qu'il sera possible d'exercer le droit à l'assistance d'un avocat, si nécessaire, à l'étape plus sérieuse de l'éthylométrie.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

1. Lorsqu'un policier fait enquête sur une personne en vertu de l'art. 234.1 du *Code criminel* du Canada en vigueur le 24 décembre 1982, celle-ci est-elle détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 234.1 du *Code criminel* du Canada, dans son application, viole-t-il, contrairement à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit qu'a une personne d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit?

Réponse: Oui.

3. If s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada violates the right to counsel and the right to be informed thereof, contrary to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 234.1, as applied, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Yes.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: William D. Mackie and Peter DiMartino, Brampton.

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

Solicitor for the intervener: Frank Iacobucci, Ottawa.

3. Si l'article 234.1 du *Code criminel* du Canada viole, contrairement à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, l'art. 234.1 est-il, dans son application, justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Oui.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: William D. Mackie et Peter DiMartino, Brampton.

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

Procureur de l'intervenant: Frank Iacobucci, Ottawa.

Glorian Keyowski *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KEYOWSKI

File No.: 19991.

1988: March 25; 1988: April 28.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Criminal law — Abuse of process — Two juries unable to reach verdict — Crown proceeding to third trial — No prosecutorial misconduct — Whether or not third trial would constitute abuse of process — Whether or not prosecutorial misconduct essential element of abuse of process.

Appellant's first two trials on a charge of criminal negligence causing death ended with the juries failing to agree on a verdict. A third trial was stayed by the trial judge on the grounds that it would constitute both an abuse of process and a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown's appeal was allowed by a majority of the Saskatchewan Court of Appeal and a new trial ordered. At issue here is whether a series of trials could *per se* constitute an abuse of process or whether it is necessary for the accused to show prosecutorial misconduct.

Held: The appeal should be dismissed.

A stay of proceedings to remedy an abuse of process is available where the proceedings are "oppressive or vexatious", but such power can be exercised only in the "clearest of cases". To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would unduly restrict the operation of the doctrine of abuse of process. Prosecutorial misconduct and improper motivation, if present, are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's exercise of its discretion to re-lay the indictment amounts to an abuse of process.

Glorian Keyowski *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. KEYOWSKI

N° du greffe: 19991.

1988: 25 mars; 1988: 28 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit criminel — Abus de procédure — Deux jurys incapables de rendre un verdict — Troisième procès intenté par le ministère public — Aucune conduite blâmable de la part de la poursuite — Un troisième procès constituerait-il un abus de procédure? — La conduite blâmable de la poursuite constitue-t-elle un élément essentiel de l'abus de procédure?

Aux deux premiers procès de l'appellant relativement à une accusation d'avoir, par négligence criminelle, causé la mort d'une autre personne, les jurés n'ont pu s'entendre sur un verdict. Un troisième procès a été suspendu par le juge du procès pour le motif qu'il aurait été à la fois abusif et contraire à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appel interjeté par le ministère public a été accueilli par la Cour d'appel de la Saskatchewan à la majorité, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La question en litige est de savoir si une série de procès peut constituer en soi un abus de procédure ou s'il faut que le prévenu démontre une conduite blâmable de la part de la poursuite.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il est possible d'avoir recours à une suspension d'instance pour remédier à un abus de procédure lorsqu'il s'agit d'une instance «oppressive ou vexatoire», mais ce pouvoir ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes». Si on donnait au mot «oppressive» une définition exigeant la présence d'une conduite blâmable ou d'un motif illégitime, cela limiterait indûment l'application du principe de l'abus de procédure. La conduite de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de présenter de nouveau l'acte d'accusation équivaut à un abus de procédure.

The administration of justice would be best served in this case by allowing the Crown to proceed with the new trial. The appellant had not demonstrated this to be one of those "clearest of cases" which would justify a stay.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289.

Statutes and Regulation Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1986), 49 Sask. R. 64, [1986] 5 W.W.R. 150, allowing an appeal from a judgment of McIntyre J. (1986), 48 Sask. R. 4, [1986] 4 W.W.R. 140, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

E. R. Gritzfeld, Q.C., for the appellant.

Graeme G. Mitchell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The issue in this appeal is whether the appellant Keyowski should stand trial for a third time on a charge of criminal negligence causing death. His first two trials ended with the jury failing to agree on a verdict. A third trial was stayed by the trial judge on the grounds that it would constitute both an abuse of process and a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown's appeal was allowed by a majority of the Saskatchewan Court of Appeal ((1986), 49 Sask. R. 64) and a new trial ordered. Bayda C.J.S. dissented. This is an appeal as of right.

The availability of a stay of proceedings to remedy an abuse of process was confirmed by this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. On that occasion the Court stated that the test for abuse of process was that initially formulated by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289. A stay should be granted where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of jus-

L'administration de la justice serait le mieux servie si on permettait au ministère public de continuer le nouveau procès. L'appellant n'a pas démontré qu'il s'agit d'un de ces «cas les plus manifestes» qui justifieraient la suspension d'instance.

a Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289.

b Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1986), 49 Sask. R. 64, [1986] 5 W.W.R. 150, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge McIntyre (1986), 48 Sask. R. 4, [1986] 4 W.W.R. 140, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

E. R. Gritzfeld, c.r., pour l'appelant.

Graeme G. Mitchell, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu
e par

LE JUGE WILSON—La question que soulève le présent pourvoi est de savoir si l'appelant Keyowski doit subir un troisième procès relativement à une accusation d'avoir, par négligence criminelle, causé la mort d'une autre personne. À ses deux premiers procès les jurés n'ont pu s'entendre sur un verdict. Un troisième procès a été suspendu par le juge du procès pour le motif qu'il aurait été à la fois abusif et contraire à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appel interjeté par le ministère public a été accueilli par la Cour d'appel de la Saskatchewan ((1986), 49 Sask. R. 64) à la majorité, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge en chef Bayda était dissident. Le pourvoi est formé de plein droit.

La possibilité d'avoir recours à une suspension d'instance pour remédier à un abus de procédure a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, dans lequel cette Cour a dit que le critère à appliquer pour déterminer s'il y a eu abus de procédure était celui initialement formulé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289. Suivant ce critère, la suspension d'instance doit être accordée lorsque

tice which underlie the community's sense of fair play and decency", or where the proceedings are "oppressive or vexatious" ([1985] 2 S.C.R. at pp. 136-37). The Court in *Jewitt* also adopted "the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the 'clearest of cases'" (p. 137).

The legal issue on the appeal is a very narrow one, namely whether a series of trials could *per se* constitute an abuse of process or whether it is necessary for the accused to show prosecutorial misconduct. The majority of the Court of Appeal expressed the view that the accused had to establish prosecutorial misconduct. Vancise J.A., writing for the majority, stated at p. 68:

In the absence of evidence that the legal officers of the Crown were guilty of prosecutorial misconduct or proceeded for [*sic*] some ulterior motive, in short that the proceedings were oppressive, the continuation of the trial on the indictment is not an abuse of process.

To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine. In this case, for example, where there is no suggestion of misconduct, such a definition would prevent any limit being placed on the number of trials that could take place. Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's exercise of its discretion to re-lay the indictment amounts to an abuse of process.

While I disagree with the majority of the Court of Appeal that prosecutorial misconduct must be demonstrated in order to give rise to an abuse of process, I nevertheless agree with their conclusion that a new trial was properly ordered in this case. The appellant has, in my view, failed to demonstrate that this is one of those "clearest of cases"

«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» ou lorsqu'il s'agit d'une procédure «oppressive ou vexatoire» ([1985] 2 R.C.S., aux pp. 136 et 137). Dans l'affaire *Jewitt*, cette Cour a en outre adopté «la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes» (à la p. 137).

La question de droit qui se pose en l'espèce est de portée fort restreinte: une série de procès peut-elle constituer en soi un abus de procédure ou faut-il que le prévenu démontre que la poursuite s'est conduite de façon blâmable? La majorité en Cour d'appel a estimé que le prévenu doit prouver une telle conduite. Le juge Vancise, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, dit, à la p. 68:

[TRADUCTION] À défaut d'une preuve établissant que le ministère public s'est conduit de façon blâmable ou caché que les poursuites ont été engagées avec un motif caché, bref qu'il s'agissait d'une procédure oppressive, la continuation du procès relatif à l'acte d'accusation ne constitue pas un abus de procédure.

À mon avis, donner au mot «oppressive» une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. Dans le cas présent, par exemple, où il n'y a pas d'allégation de conduite blâmable, cette définition viendrait empêcher qu'une limite quelconque soit imposée au nombre de procès qui pourraient avoir lieu. La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de présenter de nouveau l'acte d'accusation équivaut à un abus de procédure.

Tout en rejetant l'opinion de la majorité en Cour d'appel qu'il faut prouver une conduite blâmable de la part de la poursuite pour qu'il puisse y avoir abus de procédure, je souscris à sa conclusion qu'il convient en l'espèce d'ordonner un nouveau procès. L'appellant, à mon avis, n'a pas réussi à démontrer qu'il s'agit d'un de ces «cas les plus manifestes» qui

which would justify a stay. The charge is a serious one. The proceedings have not occupied an undue amount of time. The accused has not been held in custody, and, while he has undoubtedly suffered substantial trauma and stigma from the proceedings and the attendant publicity, he is probably not distinguishable in this respect from the vast majority of accused. A third trial may, indeed, stretch the limits of the community's sense of fair play but does not of itself exceed them. In these circumstances, and having regard to the seriousness of the charge, I think that the administration of justice is best served by allowing the Crown to proceed with the new trial.

A brief comment on s. 7 of the *Charter*. The parties to this appeal were agreed that the common law doctrine of abuse of process was now subsumed in s. 7. The trial judge accepted this proposition as did all the members of the Court of Appeal although in neither of the courts below was there much analysis of the relationship between the two. Bayda C.J.S., however, noted, at pp. 74-75, what he saw as a potential difference in onus:

Counsel for the Attorney General conceded—and rightly so—that if the circumstances of the present case justly give rise to a finding of an abuse of process, they would automatically give rise to a finding of violation of s. 7. The converse should also be true but for the matter of onus. Had this case been decided on the basis of s. 7, it would have been sufficient for the accused to prove on the balance of probabilities a violation of “the principles of fundamental justice” as that phrase is used in s. 7 By deciding the case on the basis of “abuse of process”, it would appear necessary to apply the “clearest of cases” onus (the *Young-Jewitt* test) in determining whether that same violation of “the principles of fundamental justice” occurred. I am unable to give a valid explanation for the distinction in onus. [Emphasis in original.]

Despite the references to s. 7 in the judgments below, counsel before this Court did not address the s. 7 issue in either written or oral argument. For that reason I would prefer to leave the issue of

justifieraient la suspension d'instance. L'accusation portée contre lui est grave. Les procédures n'ont pas été démesurément longues. De plus, le prévenu n'a pas été mis en détention et, bien que les procédures et la publicité qu'elles ont reçue lui aient sans doute occasionné un traumatisme et une stigmatisation considérables, il ne diffère probablement pas à cet égard de l'immense majorité des prévenus. Il se peut bien qu'un troisième procès touche aux limites de ce qu'admet le sens du franc-jeu qu'a la société, mais à lui seul il ne dépasse pas ces limites. Dans les circonstances et compte tenu de la gravité de l'accusation, je pense que l'administration de la justice sera le mieux servie si on permet au ministère public de continuer le nouveau procès.

Voici maintenant quelques brèves observations sur l'art. 7 de la *Charte*. Les parties sont convenues que le principe de *common law* en matière d'abus de procédure a été repris dans l'art. 7. Cette proposition a été acceptée par le juge du procès ainsi que par tous les membres de la Cour d'appel, quoique aucune des cours n'ait fait une analyse approfondie du rapport entre les deux notions. Le juge en chef Bayda a cependant signalé aux pp. 74 et 75 ce qu'il voyait comme une différence possible quant à la charge de la preuve:

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général a reconnu, avec raison d'ailleurs, que si les faits de la présente affaire permettent de conclure à bon droit à un abus de procédure, il en découlera automatiquement que l'art. 7 a été violé. L'inverse devrait également être vrai, mais il y a la question de la charge de la preuve. En effet, si ce litige avait été tranché en fonction de l'art. 7, il aurait suffi que le prévenu prouve selon la prépondérance des probabilités la violation des «principes de justice fondamentale» au sens où l'entend l'art. 7 [. . .] Toutefois, comme la décision est fondée sur «l'abus de procédure», il paraît nécessaire d'appliquer le critère des «cas les plus manifestes» (celui formulé dans les arrêts *Young et Jewitt*) pour déterminer si la même violation des «principes de justice fondamentale» a été commise. Je ne puis en donner d'explication logique de la distinction quant à la charge de la preuve. [Souligné dans l'original.]

Bien qu'on se réfère à l'art. 7 dans les jugements des cours d'instance inférieure, en cette Cour les avocats n'ont soulevé ni dans leurs arguments écrits ni dans leurs plaidoiries la question de l'art.

the relationship between s. 7 and the common law doctrine of abuse of process to another day.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gritzfeld & Johnson, Regina.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Regina.

7. Pour cette raison je préfère ne pas me prononcer en l'espèce sur le rapport entre l'art. 7 et le principe de *common law* en matière d'abus de procédure.

^a Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

*Procureurs de l'appellant: Gritzfeld & Johnson,
b Regina.*

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

Shaklee Canada Inc. Appellant

v.

Her Majesty The Queen, on the Information of the Deputy Attorney General of Canada Respondent

INDEXED AS: SHAKLEE CANADA INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 19401.

1988: March 30; 1988: April 28.

Present: Dickson C.J. and Estey, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Combines — Pyramid selling — Interpretation of a "scheme of pyramid selling" within the definition of s. 36.3(1) of the Act — Prohibition order — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 36.3(1).

Held: The appeal should be dismissed.

Statutes and Regulations Cited

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 36.3(1) [am. 1974-75-76, c. 76, s. 18].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1985] 1 F.C. 593, allowing an appeal from a judgment of the Federal Court, Trial Division, [1981] 2 F.C. 730, and issuing a prohibition order. Appeal dismissed.

John R. Sproat, Judson D. Whiteside and J. J. Chapman, for the appellant.

Julius A. Isaac, Q.C., Ingrid C. Hutton, Q.C., and Eugene F. Williams, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the view that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons given by the Federal Court of Appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis & Healy, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Shaklee Canada Inc. Appelante

c.

Sa Majesté La Reine, sur la plainte du sous-procureur général du Canada Intimée

RÉPERTORIÉ: SHAKLEE CANADA INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 19401.

1988: 30 mars; 1988: 28 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Coalitions — Vente pyramidale — Interprétation de «système de vente pyramidale» selon la définition de l'art. 36.3(1) de la Loi — Ordonnance de prohibition — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 36.3(1).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Lois et règlements cités

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 36.3(1) [mod. 1974-75-76, chap. 76, art. 18].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1985] 1 C.F. 593, qui a accueilli un jugement de la Division de première instance de la Cour fédérale, [1981] 2 C.F. 730, et a rendu une ordonnance de prohibition. Pourvoi rejeté.

John R. Sproat, Judson D. Whiteside et J. J. Chapman, pour l'appelante.

Julius A. Isaac, c.r., Ingrid C. Hutton, c.r., et Eugene F. Williams, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté, essentiellement pour les motifs énoncés par la Cour d'appel fédérale.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis & Healy, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

**Peter Booth, Michael Prevost, Kevin Leclair
and Charles Booth** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. BOOTH

File No.: 18835.

1988: April 29.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain,
La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE ONTARIO COURT OF
APPEAL

*Criminal law — Charter of Rights — Legal rights —
Fundamental justice — Whether conduct of Crown at
trial infringed rights of appellants — Court of Appeal
setting aside stay of proceedings and ordering a new
trial — No error in the Court of Appeal's exercise of its
jurisdiction to review the judge's entering of a stay of
proceedings.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court
of Appeal, rendered May 18, 1984, allowing an
appeal from a judgment of Houston Co. Ct. J.,
summarized (1983), 9 W.C.B. 411, and setting
aside a stay of proceedings. Appeal dismissed.

Edward L. Greenspan, Q.C., for the appellant
Peter Booth.

Robert Topp, for the appellant Michael Prevost.

Randall Lalande, for the appellant Kevin
Leclair.

John D. Keast, for the appellant Charles Booth.

Brian J. Gover, for the respondent.

Julius A. Isaac, Q.C., and *Don Avison*, for the
intervener.

The judgment of the Court was delivered orally
by

BEETZ J.—It will not be necessary to call on
you, Mr. Gover and Mr. Isaac. I will ask my

**Peter Booth, Michael Prevost, Kevin Leclair
et Charles Booth** *Appellants*

c.

^a **Sa Majesté La Reine** *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

^b RÉPERTORIÉ: R. c. BOOTH

N° du greffe: 18835.

1988: 29 avril.

^c Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson,
Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

^d *Droit criminel — Charte des droits — Garanties
juridiques — Justice fondamentale — La conduite de
la poursuite au procès a-t-elle porté atteinte aux droits
des appelants? — Annulation de l'arrêt des procédures
par la Cour d'appel qui ordonne un nouveau procès —
Aucune erreur de la Cour d'appel dans l'exercice de son
pouvoir de contrôle sur la décision du juge d'arrêter les
procédures.*

^f POURVOI, contre un arrêt de la Cour d'appel
de l'Ontario, rendu le 18 mai 1984, qui a accueilli
l'appel du jugement du juge Houston de la Cour
de comté, résumé (1983), 9 W.C.B. 411, et
ordonné un arrêt des procédures. Pourvoi rejeté.

^g *Edward L. Greenspan, c.r.*, pour l'appellant Peter
Booth.

Robert Topp, pour l'appellant Michael Prevost.

Randall Lalande, pour l'appellant Kevin Leclair.

John D. Keast, pour l'appellant Charles Booth.

Brian J. Gover, pour l'intimée.

ⁱ *Julius A. Isaac, c.r.*, et *Don Avison*, pour
l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour pro-
noncé oralement par

^j LE JUGE BEETZ—M^{es} Gover et Isaac, il ne sera
pas nécessaire de vous entendre. Je vais demander

brother Lamer J. to deliver the judgment of the Court.

LAMER J.—We find no error in the Court of Appeal's exercise of its jurisdiction to review the trial judge's entering of a stay of proceedings. We should not, in matters such as this, absent error, interfere with the findings below. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Peter Booth: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Solicitors for the appellants Michael Prevost and Charles Booth: Paquette, Campbell, Lalande, Sudbury.

Solicitors for the appellant Kevin Leclair: Topp, Stevens, Sudbury.

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

Solicitor for the intervener: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

à mon collègue le juge Lamer de rendre la décision de la Cour.

LE JUGE LAMER—Nous concluons que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a exercé son pouvoir de contrôle sur la décision du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures. En de telles matières et à défaut d'une erreur, nous ne devons pas modifier les conclusions des tribunaux d'instance inférieure. Le pourvoi est en conséquence rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant Peter Booth: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Procureurs des appelants Michael Prevost et Charles Booth: Paquette, Campbell, Lalande, Sudbury.

Procureurs de l'appellant Kevin Leclair: Topp, Stevens, Sudbury.

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

Procureur de l'intervenant: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Dairy Supplies Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DAIRY SUPPLIES LTD.

File No.: 20256.

1988: May 2.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement of rights — Combines Investigation — Admissibility of evidence discovered as a result of an unconstitutional and illegal search — Whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute — No error in the Court of Appeal's exercise of its jurisdiction to review trial judge's finding under s. 24(2) of the Charter — Appeal as of right — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2) — Combines Investigation Act.

Cases Cited

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 44 Man. R. (2d) 275, 39 D.L.R. (4th) 54, allowing an appeal from the appellant's acquittal on charges under s. 38 of the *Combines Investigation Act*, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

R. B. McNicol, and *D. MacKinnon*, for the appellant.

S. R. Fainstein, Q.C., and *Kimberly Prost*, for the respondent.

Dairy Supplies Limited *Appelante*

c.

a Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DAIRY SUPPLIES LTD.

N° du greffe: 20256.

b 1988: 2 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Enquête sur les coalitions — Admissibilité de la preuve découverte par suite d'une perquisition inconstitutionnelle et illégale — L'admission de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Aucune erreur de la Cour d'appel dans l'exercice de son pouvoir de contrôle sur la conclusion du juge en vertu de l'art. 24(2) de la Charte — Pourvoi de plein droit — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2) — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

f Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301.

g Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 44 Man. R. (2d) 275, 39 D.L.R. (4th) 54, qui a accueilli l'appel interjeté contre l'acquiescement de l'appelante relativement à des accusations portées en vertu de l'art. 38 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

R. B. McNicol, et *D. MacKinnon*, pour l'appelante.

j *S. R. Fainstein, c.r.*, et *Kimberly Prost*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—There is no need to hear you Mr. Fainstein. Justice Lamer will give judgment for the Court.

LAMER J.—This appeal comes to us as of right. Applying to the facts of this case the principles laid down by this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295, *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301, we find no error in the court below in exercising its jurisdiction to review the judge's finding under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Fillmore & Riley, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—M^e Fainstein, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Le juge Lamer va rendre le jugement de la Cour.

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi nous est soumis de plein droit. En appliquant aux faits de l'espèce les principes énoncés par cette Cour dans les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295, *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301, nous concluons que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a exercé son pouvoir de contrôle sur la décision prise par le juge en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Fillmore & Riley, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Carlo Borrelli and Antonio Iuculano
Respondents

INDEXED AS: R. v. IUCULANO AND BORRELLI

File No.: 20038.

1988: May 5.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and
L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Accused charged with conspiracy to import narcotics and bribery of officer — Rule against multiple convictions — Whether correspondence between the elements of the offences sufficient to sustain the operation of the rule against multiple convictions.

Cases citedApplied: *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 2162, 29 C.C.C. (3d) 498, allowing the accused's appeals from their conviction for conspiracy to import narcotics and ordering a stay of proceedings. Appeal allowed.

Claude Bélanger, Q.C., for the appellant.*Bruno Pateras, Q.C.*, for the respondent Carlo Borrelli.*Francis Brabant*, for the respondent Antonio Iuculano.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

BEETZ J.—I will ask our brother Lamer J. to deliver the judgment of the Court.

LAMER J.—We are all of the view that the appeal should be allowed. The principles expressed in *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, are conclusive. The judgment of the Court of Appeal is set aside and the conviction entered by the trial judge is restored.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Carlo Borrelli et Antonio Iuculano *Intimés*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. IUCULANO ET BORRELLI

N° du greffe: 20038.

b 1988: 5 mai.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest et
L'Heureux-Dubé.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Accusations de complot en vue d'importer des stupéfiants et de corruption de fonctionnaire — Règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples — Y a-t-il correspondance suffisante entre les éléments des infractions pour justifier l'application de cette règle?

Jurisprudencee Arrêt appliqué: *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 2162, 29 C.C.C. (3d) 498, qui a accueilli l'appel des accusés contre leurs déclarations de culpabilité de complot en vue d'importer des stupéfiants et ordonné la suspension des procédures. Pourvoi accueilli.

Claude Bélanger, c.r., pour l'appelante.g *Bruno Pateras, c.r.*, pour l'intimé Carlo Borrelli.h *Francis Brabant*, pour l'intimé Antonio Iuculano.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

i LE JUGE BEETZ—Le jugement de la Cour sera prononcé par notre collègue, le juge Lamer.

LE JUGE LAMER—Nous sommes tous d'avis d'accueillir ce pourvoi. Les principes énoncés dans *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, sont déterminants. Le jugement de la Cour d'appel est infirmé et la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès est rétablie.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent Carlo Borrelli: Pateras & Iezzoni, Montréal.

Solicitors for the respondent Antonio Iuculano: Leithman, Goldenberg, Guberman & Girouard, Montréal.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Carlo Borrelli: Pateras & Iezzoni, Montréal.

Procureurs de l'intimé Antonio Iuculano: Leithman, Goldenberg, Guberman & Girouard, Montréal.

Kenneth James, Elsa Kirsten and Anna Rosenthal *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JAMES

File No.: 20095.

1988: May 25.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Tax evasion — Evidence obtained before Charter coming into force pursuant to a section of the federal Income Tax Act found later to be contrary to the Charter — No retrospective application of the Charter.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 55 O.R. (2d) 609, 27 C.C.C. (3d) 1, 86 DTC 6432, [1986] 2 C.T.C. 288, allowing an appeal by the Crown from the dismissal of its appeal from the appellants' acquittal on charges of income tax evasion. Appeal dismissed.

Ross Morrison, for the appellants.

Robert W. Hubbard, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to hear from you Mr. Hubbard.

LAMER J.—We are in substantial agreement with the reasons given for the Court below by Tarnopolsky J.A., and we, accordingly, dismiss this appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Shibley, Righton & McCutcheon.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Toronto.

Kenneth James, Elsa Kirsten et Anna Rosenthal *Appellants*

c.

a Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. JAMES

N° du greffe: 20095.

b 1988: 25 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

c

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Évasion fiscale — Preuve obtenue avant l'entrée en vigueur de la Charte selon un article de la Loi de l'impôt sur le revenu fédérale déclaré ultérieurement contraire à la Charte — Aucune application rétroactive de la Charte.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 55 O.R. (2d) 609, 27 C.C.C. (3d) 1, 86 DTC 6432, [1986] 2 C.T.C. 288, qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public contre le rejet de son appel à l'encontre de l'acquiescement des appelants relativement à des accusations d'évasion fiscale. Pourvoi rejeté.

f *Ross Morrison*, pour les appelants.

Robert W. Hubbard, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu g oralement par

LE JUGE EN CHEF—M^e Hubbard, il ne sera pas nécessaire de vous entendre.

h LE JUGE LAMER—Nous sommes essentiellement d'accord avec les motifs de la Cour d'appel exposés par le juge Tarnopolsky et, par conséquent, nous rejetons ce pourvoi.

Jugement en conséquence.

i *Procureurs des appelants: Shibley, Righton & McCutcheon.*

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Toronto.

Lawrence Wilburn Corbett *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Alberta *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. CORBETT

File No.: 19220.

1987: March 2, 3; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Examination of accused as to previous convictions — Accused charged with murder — Previous conviction of a similar nature to offence charged admitted into evidence — Whether s. 12(1) of the Canada Evidence Act inconsistent with s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Evidence — Witnesses — Credibility — Examination of accused as to previous convictions — Accused charged with murder — Previous conviction of a similar nature to offence charged admitted into evidence — Whether trial judge had discretion to exclude prejudicial evidence of previous conviction — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12(1).

In January 1983, the accused was charged with first degree murder in respect of the death of one of his associates in the drug trade. At trial, credibility was a crucial issue. The accused denied any involvement in the killing and attacked the credibility of the Crown's witnesses who identified him as the killer. He elected to testify and his counsel sought to prevent the Crown from cross-examining the accused on his previous record under s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*. This section provides that a witness, which includes an accused where he chooses to testify, may be questioned as to whether he has been convicted of any offence. Counsel contended that to permit cross-examination and proof of

* Estey J. took no part in the judgment.

Lawrence Wilburn Corbett *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. CORBETT

N° du greffe: 19220.

c

1987: 2, 3 mars; 1988: 26 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Interrogatoire de l'accusé relativement à ses condamnations antérieures — Accusation de meurtre — Admission en preuve d'une condamnation antérieure pour une infraction semblable à celle imputée — Le paragraphe 12(1) de la Loi sur la preuve au Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

e

Preuve — Témoins — Crédibilité — Interrogatoire de l'accusé relativement à ses condamnations antérieures — Accusation de meurtre — Admission en preuve d'une condamnation antérieure pour une infraction semblable à celle imputée — Le juge du procès avait-il le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve préjudiciable d'une condamnation antérieure? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 12(1).

f

En janvier 1983, l'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré relativement au décès de l'un de ses associés dans le trafic de stupéfiants. Au procès, la crédibilité était une question cruciale. L'accusé a nié toute participation au meurtre et a attaqué la crédibilité des témoins à charge qui l'avaient identifié comme étant le meurtrier. Il a choisi de témoigner et son avocat a tenté d'empêcher la poursuite de le contre-interroger au sujet de son casier judiciaire en vertu du par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cet article prévoit qu'un témoin, ce qui comprend un accusé qui choisit de témoigner, peut être interrogé sur la question de savoir s'il a déjà été déclaré coupable de quelque infraction. L'avo-

g

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

the accused's previous convictions, in particular a previous conviction of non-capital murder, was so highly prejudicial that it would infringe on his *Charter* right to a fair trial. The trial judge rejected the argument. To minimize the adverse effect of a cross-examination as to his criminal record, the accused admitted in his examination-in-chief that he had been convicted in 1954 of armed robbery, escaping custody, theft and breaking and entering, and in 1971 of non-capital murder. In his charge, the trial judge warned the jury not to use the criminal record of the accused for any purpose other than credibility. The accused was found guilty of second degree murder and the Court of Appeal dismissed his appeal from conviction. This appeal is to determine whether the accused was deprived of his right to a fair hearing guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by reason of the introduction of evidence of his earlier conviction for non-capital murder.

Held (La Forest J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz and Lamer JJ.: Section 12 of the *Canada Evidence Act* does not violate the guarantee contained in s. 11(d) of the *Charter*. The effect of s. 12 is merely to permit the Crown to adduce evidence of prior convictions as they relate to credibility. The burden of proof remains upon the Crown and the introduction of prior convictions creates no presumption of guilt nor does it create a presumption that the accused should not be believed. The prior convictions are simply evidence for the jury to consider, along with everything else, in assessing the credibility of the accused.

Section 12 also does not deprive the accused of a "fair" trial in the sense that the introduction of such evidence would divert the jury from the task of deciding the case on the basis of admissible evidence legally relevant to the proof of the charge faced by the accused. There is perhaps a risk that the jury may use the evidence of prior convictions for an improper purpose, but to conceal the prior criminal record of an accused who testifies would deprive the jury of information relevant to credibility, and create a much more serious risk that the jury will be presented with a misleading picture. The best way to balance and alleviate these risks

cat a soutenu que permettre de procéder à un contre-interrogatoire relativement aux condamnations antérieures de l'accusé et, en particulier, relativement à une condamnation antérieure pour meurtre non qualifié, et de faire la preuve de ces condamnations, serait si préjudiciable pour l'accusé qu'il en résulterait une atteinte à son droit à un procès équitable, garanti par la *Charte*. Le juge du procès a rejeté cet argument. Pour atténuer les effets préjudiciables d'un contre-interrogatoire portant sur ses antécédents criminels, l'accusé a, au cours de son interrogatoire principal, reconnu avoir été déclaré coupable en 1954 de vol à main armée, d'évasion, de vol et d'introduction par effraction, et, en 1971, de meurtre non qualifié. Dans ses directives au jury, le juge du procès a averti les jurés de ne se servir du casier judiciaire de l'accusé qu'à seule fin d'apprécier sa crédibilité. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et la Cour d'appel l'a débouté de son appel du verdict de culpabilité. Le pourvoi vise à déterminer si l'accusé a subi une atteinte à son droit à un procès équitable, garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en raison de la production en preuve de sa condamnation antérieure pour meurtre non qualifié.

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz et Lamer: L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne viole pas la garantie contenue à l'al. 11d) de la *Charte*. L'article 12 a pour seul effet de permettre au ministère public de produire en preuve les condamnations antérieures dans la mesure où celles-ci se rapportent à la crédibilité. La charge de la preuve incombe toujours au ministère public et la production en preuve des condamnations antérieures ne fait naître aucune présomption de culpabilité ni aucune présomption que l'accusé est indigne de foi. Les condamnations antérieures constituent simplement un élément de preuve que le jury pourra prendre en considération, avec tout le reste, pour déterminer la crédibilité de l'accusé.

L'article 12 n'a pas non plus pour effet de priver l'accusé d'un procès «équitable» en ce sens que la production d'un tel élément de preuve distrairait le jury de sa tâche de rendre un verdict en fonction d'une preuve admissible et juridiquement pertinente relativement à l'accusation portée contre l'accusé. Il y a peut-être le risque que le jury fasse mauvais usage de la preuve des condamnations antérieures, mais la dissimulation du casier judiciaire d'un accusé qui témoigne priverait le jury de renseignements se rapportant à sa crédibilité et créerait un risque beaucoup plus sérieux que le jury obtienne une description trompeuse de la situation. La

is, as in this case, to give the jury all the information, but at the same time give a clear direction as to the limited use they are to make of such information. To protect the accused, the trial judge may also exercise his discretion to exclude evidence of prior convictions in those unusual cases where a mechanical application of s. 12 would undermine the right to a fair trial. Further, the limitations on the use of prior convictions demonstrate a marked solicitude for the right of the accused to a fair trial and indicate that the law relating to the use of prior convictions strives to avoid the risk of prejudicing an accused's trial by introduction of evidence of prior misdeeds. Taken as a whole, this body of law is entirely protective of the right of the accused not to be convicted except on evidence directly relevant to the charge in question.

Although the trial judge has a discretion to exclude evidence of prior convictions in an appropriate case, such discretion should not be exercised in favour of the accused in the present circumstances. The accused made a deliberate attack on the credibility of the Crown witnesses, largely based upon their prior record. The issue for the jury was solely that of credibility. Had the accused's criminal record not been revealed, the jury would have been left with the quite incorrect impression that while all the Crown witnesses were hardened criminals, the accused had an unblemished past. Admitting the accused's convictions except that for non-capital murder would not have avoided the imbalance between the Crown and the accused. The jury would have been misled rather than aided by the exclusion of that evidence, and in these circumstances, it cannot be said that such admission was unfairly prejudicial.

Per McIntyre and Le Dain JJ.: Whatever discretion may have existed to permit a trial judge to exclude admissible evidence at common law, on no basis of authority or principle can such a discretion have empowered a court to exclude questions to a witness as to past convictions in the face of the clear words of s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*, a legislative provision specifically found not to be inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*. To admit of such a discretion would be tantamount to holding that Parliament could not by clear legislative enactment alter the common law.

meilleure façon de réaliser l'équilibre et d'atténuer ces risques est, comme c'est le cas dans la présente affaire, de fournir au jury des renseignements complets, mais de lui donner, en même temps, des directives claires quant à l'usage limité qu'il doit faire de ces renseignements. Afin de protéger l'accusé, le juge du procès peut aussi exercer son pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve de ses condamnations antérieures dans les cas exceptionnels où l'application automatique de l'art. 12 minerait son droit à un procès équitable. En outre, ces restrictions imposées à l'usage des condamnations antérieures traduisent une vive préoccupation pour le droit de l'accusé à un procès équitable et révèlent que le droit régissant l'usage des condamnations antérieures vise autant que possible à écarter le risque que le procès d'un accusé soit compromis par la production d'une preuve de ses méfaits antérieurs. Dans l'ensemble, le droit dans ce domaine protège sans réserve le droit d'un accusé de n'être déclaré coupable que sur la foi d'une preuve se rapportant directement à l'accusation en cause.

Même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve de condamnations antérieures lorsque cela est indiqué, ce pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être exercé en faveur de l'accusé dans les circonstances de la présente affaire. L'accusé a délibérément attaqué la crédibilité des témoins à charge, en se fondant principalement sur leurs casiers judiciaires. La question à trancher par le jury était uniquement celle de la crédibilité. Si le casier judiciaire de l'accusé n'avait pas été divulgué, le jury aurait eu l'impression tout à fait erronée que les témoins à charge étaient des criminels endurcis tandis que l'accusé avait un passé sans reproche. Le déséquilibre entre le ministère public et l'accusé n'aurait pas été évité si on avait admis en preuve toutes les condamnations de l'accusé, sauf celle pour meurtre non qualifié. L'exclusion de cette preuve, loin d'aider le jury, l'aurait induit en erreur et, dans les circonstances, on ne saurait affirmer que cette admission a préjudicié injustement à l'accusé.

Les juges McIntyre et Le Dain: Quel que soit le pouvoir discrétionnaire qui a pu, en *common law*, permettre aux juges du procès d'exclure des éléments de preuve admissibles, rien dans la jurisprudence ou dans les principes ne permet de conclure qu'un tribunal pouvait, en vertu de ce pouvoir discrétionnaire, interdire que soient posées à un témoin des questions concernant ses condamnations antérieures, compte tenu du texte clair du par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, une disposition qui a été jugée expressément compatible avec la *Charte*. Admettre l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire reviendrait à dire que le Parlement ne saurait par un texte législatif explicite modifier la *common law*.

Per Beetz J.: Section 12(1) of the *Canada Evidence Act* would not conform with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* unless it be construed as leaving room for the trial judge's discretion to disallow the cross-examination of an accused as to prior convictions if the convictions are of tenuous probative value in assessing credibility and their disclosure would be highly prejudicial to the accused.

Per La Forest J. (dissenting): Evidence of previous convictions is relevant to the credibility of an accused who testifies and is *prima facie* admissible. But the admission into evidence of an accused's previous convictions harbours the potential to prejudice profoundly the fairness of his trial. To prevent such prejudice, the trial judge has a judicial discretion to exclude prejudicial evidence of previous convictions in an appropriate case. This discretion, which exists at common law, subsists under s. 12 of the *Canada Evidence Act*. In assessing the probative value or potential prejudice of evidence of previous convictions, the trial judge should take into consideration, among the most important factors, the nature of the previous conviction and its remoteness or nearness to the present charge. In particular, a court should be very chary of admitting evidence of a previous conviction for a similar crime. The more similar the offence to which the previous conviction relates to the conduct for which the accused is on trial, the greater the prejudice harboured by its admission.

In the present case, the trial judge erred in failing to recognize the existence of the exclusionary discretion and, consequently, in admitting into evidence the previous conviction for non-capital murder. The introduction of this evidence was, in the circumstances of the case, unjustifiably prejudicial to the fairness of the accused's trial. It is self-evident that the prejudicial potential harboured by the admission at a trial for murder of a previous conviction for non-capital murder was manifestly profound. Furthermore, the probative value of this item of evidence in relation to credibility was, at best, trifling. Although the accused had assailed the credibility of Crown witnesses and that credibility was the vital issue at trial, the evidence of the other previous convictions of the accused, the violation of his parole conditions, his involvement in drug transactions, amply served the purpose of impeaching the accused's credibility. The previous conviction for non-capital murder added very

Le juge Beetz: Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne serait pas compatible avec l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte* à moins qu'on ne l'interprète comme accordant au juge du procès la discrétion de refuser le contre-interrogatoire d'un accusé au sujet de ses condamnations antérieures, si ces condamnations sont d'une valeur probante ténue dans l'évaluation de la crédibilité du témoignage et si leur dévoilement est hautement préjudiciable à l'accusé.

Le juge La Forest (dissent): La preuve de condamnations antérieures est pertinente relativement à la crédibilité d'un accusé qui témoigne et elle est admissible à première vue. Toutefois, l'admission en preuve des condamnations antérieures d'un accusé risque de porter gravement préjudice au caractère équitable de son procès. Pour empêcher qu'un tel préjudice ne soit causé, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter, lorsque cela est indiqué, toute preuve préjudiciable de condamnations antérieures. Ce pouvoir discrétionnaire, qui existe en *common law*, n'est pas aboli par l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Parmi les facteurs les plus importants que le juge du procès doit prendre en considération pour déterminer la valeur probante d'une preuve de condamnations antérieures ou le risque de préjudice qu'elle peut présenter figurent la nature de la condamnation antérieure et son degré de proximité par rapport à la présente accusation. En particulier, un tribunal devrait se montrer fort réticent à admettre la preuve d'une condamnation antérieure pour un crime similaire. Plus l'infraction qui a donné lieu à la condamnation antérieure ressemble à la conduite pour laquelle l'accusé subit son procès, plus le préjudice résultant de son admission en preuve risque d'être grand.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en ne reconnaissant pas l'existence du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion et, par conséquent, en admettant en preuve la condamnation antérieure pour meurtre non qualifié. La production de cet élément de preuve a, dans les circonstances de l'espèce, nui d'une manière injustifiable au caractère équitable du procès de l'accusé. Il va de soi que le risque de préjudice qui en résulterait si l'on admettait en preuve à un procès pour meurtre une condamnation antérieure pour meurtre non qualifié serait extrêmement grave. De plus, la valeur probante de cet élément de preuve en ce qui concerne la crédibilité était, tout au plus, insignifiante. Même si l'accusé avait attaqué la crédibilité des témoins à charge et que la question vitale au procès était celle de la crédibilité, la preuve des autres condamnations antérieures de l'accusé, la violation des modalités de sa liberté conditionnelle et sa participation au commerce de la

little, if anything, to the jury's perception of the accused's character for veracity.

Section 12 of the *Canada Evidence Act*, when read in conjunction with the salutary common law discretion to exclude prejudicial evidence, does not violate an accused's right to a fair trial nor deprive him of his liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. It is true that s. 11 of the *Charter* constitutionalizes the right of an accused and not that of the state to a fair trial before an impartial tribunal. But "fairness" implies and demands consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser. The recognition of a discretion to exclude evidence when its probative value is overshadowed by prejudicial effect ensures that the legitimate interests of both the public and the accused are taken into account. The factors that should be considered in exercising this discretion ensure that this occurs. The recognition and proper exercise of this discretion, therefore, ensures that s. 12 is constitutionally valid.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Not followed: *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449; referred to: *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407; *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Koufis v. The King*, [1941] S.C.R. 481; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283; *R. v. Bodnarchuk* (1949), 94 C.C.C. 279; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *State v. Duke*, 123 A.2d 745 (1956); *State v. Ruzicka*, 570 P.2d 1208 (1977); *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349; *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333; *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438; *R. v. Rudd* (1948), 32 Cr. App. R. 138; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (1982); *R. v. Laurier* (1983), 1 O.A.C. 128; *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. v. Waite* (1980), 57 C.C.C. (2d) 34; *R. v. MacDonald* (1939), 72 C.C.C. 182; *R. v. Butterwasser*,

étaient largement suffisantes pour mettre en doute sa crédibilité. La condamnation antérieure pour meurtre non qualifié n'a guère aidé le jury à déterminer la propension de l'accusé à dire la vérité.

^a L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lorsqu'il est pris conjointement avec le salutaire pouvoir discrétionnaire conféré par la *common law* d'écarter toute preuve préjudiciable, ne porte atteinte ni au droit d'un accusé à un procès équitable ni à son droit à la liberté, si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Certes, l'art. 11 de la *Charte* consacre dans la Constitution le droit d'un accusé, et non pas celui de l'État, à un procès équitable devant un tribunal impartial. Mais «l'équité» implique, et commande même, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur. La reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve lorsque sa valeur probante est éclipsée par son effet préjudiciable assure la prise en considération des intérêts légitimes tant du public que de l'accusé. Les facteurs qui devraient être pris en considération en exerçant ce pouvoir discrétionnaire garantissent cela. La reconnaissance et l'exercice régulier de ce pouvoir discrétionnaire assurent donc la constitutionnalité de l'art. 12.

^f Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt non suivi: *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449; arrêts mentionnés: *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407; *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Koufis v. The King*, [1941] R.C.S. 481; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283; *R. v. Bodnarchuk* (1949), 94 C.C.C. 279; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *State v. Duke*, 123 A.2d 745 (1956); *State v. Ruzicka*, 570 P.2d 1208 (1977); *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349; *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333; *Schmidt v. The King*, [1945] R.C.S. 438; *R. v. Rudd* (1948), 32 Cr. App. R. 138; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Deacon v. The King*, [1947] R.C.S. 531; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (1982); *R. v. Laurier* (1983), 1 O.A.C. 128; *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. v. Waite* (1980), 57 C.C.C. (2d) 34; *R. v. MacDonald* (1939), 72 C.C.C. 182; *R. v. Butterwasser*,

[1948] 1 K.B. 4; *R. v. Danson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 369.

By McIntyre J.

Referred to: *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Stratton (1978), 42 C.C.C. (2d) 449; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333; *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349; *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339; *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283; *R. v. Powell* (1977), 37 C.C.C. (2d) 117; *R. v. Skehan* (1978), 39 C.C.C. (2d) 196; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (1982); *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Luck v. United States*, 348 F.2d 763 (1965); *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1970] A.C. 304; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *R. v. Treitter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Leforte* (1961), 131 C.C.C. 169; *Morris v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 405; *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *Gordon v. United States*, 383 F.2d 936 (1967); *R. v. Watts* (1983), 77 Cr. App. R. 126; *R. v. Powell* (1985), 82 Cr. App. R. 165; *R. v. Burke* (1985), 82 Cr. App. R. 156; *R. v. Jenkins* (1945), 31 Cr. App. R. 1; *R. v. Cook* (1959), 43 Cr. App. R. 138; *United States v. Brown*, 409 F. Supp. 890 (1976).

Statutes and Regulations Cited

Act for amending the Law of Evidence and Practice on Criminal Trials (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 18, s. 6.
Act for amending the Law of Evidence in certain Cases (U.K.), 9 Geo. 4, c. 32, s. 4.
Act for improving the Law of Evidence (U.K.), 6 & 7 Vict., c. 85, s. 1.
Act respecting Procedure in Criminal Cases, and other matters relating to Criminal Law, S.C. 1869, c. 29, s. 65.
Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1893, c. 31, s. 4.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1906, c. 145, s. 12.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d), (f), 24(1).
Common Law Procedure Act, 1854 (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, s. 25.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 695.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(2)(b), 618(1)(a) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18], 643.

[1948] 1 K.B. 4; *R. v. Danson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 369.

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449.

Citée par le juge La Forest (dissent)

R. v. Stratton (1978), 42 C.C.C. (2d) 449; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333; *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349; *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339; *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283; *R. v. Powell* (1977), 37 C.C.C. (2d) 117; *R. v. Skehan* (1978), 39 C.C.C. (2d) 196; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (1982); *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Luck v. United States*, 348 F.2d 763 (1965); *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1970] A.C. 304; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *R. v. Treitter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Leforte* (1961), 131 C.C.C. 169; *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405; *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *Gordon v. United States*, 383 F.2d 936 (1967); *R. v. Watts* (1983), 77 Cr. App. R. 126; *R. v. Powell* (1985), 82 Cr. App. R. 165; *R. v. Burke* (1985), 82 Cr. App. R. 156; *R. v. Jenkins* (1945), 31 Cr. App. R. 1; *R. v. Cook* (1959), 43 Cr. App. R. 138; *United States v. Brown*, 409 F. Supp. 890 (1976).

Lois et règlements cités

Act for amending the Law of Evidence and Practice on Criminal Trials (R.-U.), 28 & 29 Vict., chap. 18, art. 6.
Act for amending the Law of Evidence in certain Cases (R.-U.), 9 Geo. 4, chap. 32, art. 4.
Act for improving the Law of Evidence (R.-U.), 6 & 7 Vict., chap. 85, art. 1.
Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle, S.C. 1869, chap. 29, art. 65.
Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1893, chap. 31, art. 4.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d), f), 24(1).
Code criminel, 1892, S.C. 1892, chap. 29, art. 695.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(2)(b), 618(1)(a) [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18], 643.
Common Law Procedure Act, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., chap. 125, art. 25.

Criminal Evidence Act, 1898 (U.K.), 61 & 62 Vict., c. 36, s. 1(f).

Authors Cited

Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswells, 1982.

Canada. Law Reform Commission: Law of Evidence Project. *Evidence*. Ottawa: Law Reform Commission, 1972.

Doob, Anthony N. and Hershi M. Kirshenbaum. "Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused" (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88.

Friedland, M. L. "Criminal Law — Evidence — Cross-Examination on Previous Convictions in Canada — Section 12 of the Canada Evidence Act" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 656.

Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. I, 7th ed. London: Methuen & Co., 1956.

Lawson, Robert G. "Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem" (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758.

McCormick, Charles T. *Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Clearly. St-Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

Ratushny, Edward. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

Saltzburg, Stephen A. and Kenneth R. Redden. *Federal Rules of Evidence Manual*, 4th ed. Charlottesville, Va.: Michie Co., 1986.

Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.

Teed, Eric. "The Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act upon an Accused" (1970-71), 13 *Crim. L.Q.* 70.

Weinberg, M. S. "The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence" (1975), 21 *McGill L.J.* 1.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

Wissler, Roselle L. and Michael J. Saks. "On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt" (1985), 9 *Law and Human Behavior* 37.

Criminal Evidence Act, 1898 (R.-U.), 61 & 62 Vict., chap. 36, art. 1(f).

Loi de la preuve en Canada, S.R.C. 1906, chap. 145, art. 12.

^a *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 12.

Doctrine citée

^b Canada. Commission de réforme du droit: Section de recherche sur le droit de la preuve. *La preuve*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1972.

Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *La preuve au Canada [Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve]*. Cowansville: Yvon Blais, 1983.

Doob, Anthony N. and Hershi M. Kirshenbaum. «Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused» (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88.

^d Friedland, M. L. «Criminal Law — Evidence — Cross-Examination on Previous Convictions in Canada — Section 12 of the Canada Evidence Act» (1969), 47 *R. du B. can.* 656.

Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. I, 7th ed. London: Methuen & Co., 1956.

Lawson, Robert G. «Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem» (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758.

^f McCormick, Charles T. *Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Clearly. St-Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

Ratushny, Edward. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

^g Saltzburg, Stephen A. and Kenneth R. Redden. *Federal Rules of Evidence Manual*, 4th ed. Charlottesville, Va.: Michie Co., 1986.

Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.

^h Teed, Eric. «The Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act upon an Accused» (1970-71), 13 *Crim. L.Q.* 70.

Weinberg, M. S. «The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence» (1975), 21 *McGill L.J.* 1.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

ⁱ Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

Wissler, Roselle L. and Michael J. Saks. «On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt» (1985), 9 *Law and Human Behavior* 37.

Wright, Cecil A. "Evidence — Credibility of Witness — Cross-Examination as to Previous Conviction" (1940), 18 *Can. Bar Rev.* 808.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 17 C.C.C. (3d) 129, 13 C.R.R. 250, 43 C.R. (3d) 193, dismissing the accused's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal dismissed, La Forest J. dissenting.

Kenneth G. Young and Rosemary L. Nash, for the appellant.

John E. Hall, Q.C., and *Sharon E. Kenny*, for the respondent.

S. R. Fainstein and D. J. Avison, for the intervener the Attorney General of Canada.

Howard F. Morton and Michael A. MacDonald, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

William Henkel, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

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

THE CHIEF JUSTICE—

I

The appellant, Lawrence Wilburn Corbett, was charged with the first degree murder of Réal Pinsonneault at the city of Vancouver. He was convicted of second degree murder and sentenced to life imprisonment with an order that he serve twenty years before being eligible for parole. He appealed to the British Columbia Court of Appeal and his appeal was dismissed, Hutcheon J.A. dissenting: (1984), 17 C.C.C. (3d) 129. Corbett now appeals to this Court as of right pursuant to s. 618(1)(a) of the *Criminal Code* on the following ground, which formed the basis of Hutcheon J.A.'s dissent:

Wright, Cecil A. «Evidence — Credibility of Witness — Cross-Examination as to Previous Conviction» (1940), 18 *R. du B. can.* 808.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 17 C.C.C. (3d) 129, 13 C.R.R. 250, 43 C.R. (3d) 193, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre du verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré rendu contre lui. Pourvoi rejeté, le juge La Forest est dissident.

Kenneth G. Young et Rosemary L. Nash, pour l'appellant.

John E. Hall, c.r., et *Sharon E. Kenny*, pour l'intimée.

S. R. Fainstein et D. J. Avison, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Howard F. Morton et Michael A. MacDonald, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

William Henkel, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

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

LE JUGE EN CHEF—

I

L'appellant, Lawrence Wilburn Corbett, a été accusé du meurtre au premier degré de Réal Pinsonneault, perpétré dans la ville de Vancouver. Reconnu coupable de meurtre au deuxième degré, il s'est vu infliger une peine d'emprisonnement à perpétuité, assortie d'une ordonnance l'obligeant à purger vingt ans de sa peine avant de devenir admissible à la libération conditionnelle. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui l'a débouté, le juge Hutcheon étant dissident: (1984), 17 C.C.C. (3d) 129. Invoquant le moyen exposé ci-après, qui correspond au motif sur lequel repose l'opinion dissidente du juge Hutcheon, Corbett se pourvoit maintenant de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(1)a) du *Code criminel*:

Whether or not, by reason of the provisions of the "Charter of Rights", Section 11(d), the provisions of the Canada Evidence Act, Section 12 have any application whatever to an accused person with a prior conviction for murder who gives evidence at his trial on a charge of murder.

Section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, read as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

12. (1) A witness may be questioned as to whether he has been convicted of any offence, and upon being so questioned, if he either denies the fact or refuses to answer, the opposite party may prove such conviction.

(2) The conviction may be proved by producing

(a) a certificate containing the substance and effect only, omitting the formal part, of the indictment and conviction, if it is for an indictable offence, or a copy of the summary conviction, if for an offence punishable upon summary conviction, purporting to be signed by the clerk of the court or other officer having the custody of the records of the court in which the conviction, if upon indictment, was had, or to which the conviction, if summary, was returned; and

(b) proof of identity.

The issue is whether Corbett was deprived of his right to a fair hearing by reason of the introduction of evidence of his earlier conviction for non-capital murder.

II

The Constitutional Questions

The following two constitutional questions were set for determination in this appeal:

1. Whether section 12(1) of the *Canada Evidence Act* is inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that

[TRADUCTION] La question est de savoir si, en raison de l'alinéa 11d) de la «Charte des droits», les dispositions de l'article 12 de la Loi sur la preuve au Canada peuvent s'appliquer de quelque manière à un accusé ayant déjà été condamné pour meurtre, lorsque cet accusé témoigne à son procès relatif à une accusation de meurtre.

L'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, sont ainsi conçus:

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

12. (1) Un témoin peut être interrogé sur la question de savoir s'il a déjà été déclaré coupable de quelque infraction, et lorsqu'il est ainsi interrogé, s'il nie le fait ou refuse de répondre, la partie adverse peut prouver cette déclaration de culpabilité.

(2) La déclaration de culpabilité peut être prouvée par la production

a) d'un certificat contenant le fond et l'effet seulement, et omettant la partie formelle, de l'acte d'accusation et de la déclaration de culpabilité, en cas de mise en accusation, ou d'une copie de la déclaration sommaire de culpabilité, si l'infraction est punissable par voie de déclaration sommaire de culpabilité, donnés comme étant signés par le greffier de la cour ou un autre fonctionnaire préposé à la garde des archives de la cour devant laquelle la déclaration de culpabilité a été obtenue, en cas de mise en accusation, ou à laquelle la déclaration de culpabilité a été renvoyée, en cas de voie sommaire; et

b) d'une preuve d'identité.

La question est de savoir si Corbett a subi une atteinte à son droit à un procès équitable en raison de la production en preuve de sa condamnation antérieure pour meurtre non qualifié.

II

Les questions constitutionnelles

Les deux questions constitutionnelles suivantes ont été formulées aux fins du présent pourvoi:

1. Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la

s. 12(1) applies to a person charged with an offence?

2. If there is such an inconsistency, does s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* save s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* from being declared of no force and effect to the extent of the inconsistency?

The Attorneys General of Canada, Alberta, Ontario and Quebec intervened to support the constitutional validity of s. 12(1).

In his reasons, which I have had the advantage of reading, my colleague, La Forest J. finds that apart from the *Charter*, a trial judge has a discretion to refuse to permit cross-examination of an accused on his prior criminal record, and that in the present case, the trial judge should have exercised his discretion in favour of the accused Corbett. This conclusion being sufficient to dispose of the appeal, it became unnecessary for La Forest J. to deal with the *Charter* issue in depth. I agree with La Forest J. that there is a discretion to exclude evidence of prior convictions of an accused. However, as I take a different view as to the manner in which the trial judge's discretion should have been exercised, it will be necessary for me to deal with the constitutional validity of s. 12 of the *Canada Evidence Act*.

III

Facts

Corbett was charged with the first-degree murder of Réal Pinsonneault, who was shot and killed in Vancouver on December 2, 1982. Corbett and Pinsonneault were involved in the cocaine trade. Corbett was financing Pinsonneault in the purchase of illegal drugs. At the time of the killing, Pinsonneault owed Corbett \$27,000. Corbett travelled from Victoria to Vancouver on December 1, 1982, the day before the murder, with a female companion, Colleen Allan. At the time, he was on parole from a life sentence imposed in 1971 after his conviction on a charge of non-capital murder, upheld by this Court: *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275. One of the conditions of his parole was that he had to stay within a 25-mile

mesure où ce paragraphe s'applique à une personne accusée d'une infraction?

2. Dans l'affirmative, l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* empêche-t-il que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* soit déclaré nul et sans effet dans la mesure de cette incompatibilité?

Les procureurs généraux du Canada, de l'Alberta, de l'Ontario et du Québec sont intervenus pour soutenir la constitutionnalité du par. 12(1).

Dans ses motifs de jugement, que j'ai eu l'avantage de lire, mon collègue le juge La Forest conclut que, indépendamment de la *Charte*, un juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de refuser la tenue du contre-interrogatoire d'un accusé relativement à son casier judiciaire, et qu'en l'espèce le juge du procès aurait dû exercer ce pouvoir discrétionnaire au profit de l'accusé Corbett. Puisque cette conclusion suffisait pour trancher le pourvoi, le juge La Forest n'avait pas à s'attarder sur la question concernant la *Charte*. Je conviens avec lui qu'il existe un pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve des condamnations antérieures d'un accusé. Toutefois, comme j'adopte un point de vue différent quant à la manière dont le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire, il est nécessaire que je me penche sur la question de la constitutionnalité de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

III

Les faits

Corbett a été accusé du meurtre au premier degré de Réal Pinsonneault, qui avait été abattu à Vancouver le 2 décembre 1982. Corbett et Pinsonneault s'adonnaient au trafic de cocaïne, le premier avançant des fonds à l'autre pour l'achat de stupéfiants illégaux. Au moment de l'assassinat, Pinsonneault devait à Corbett la somme de 27 000 \$. Le 1^{er} décembre 1982, soit la veille du meurtre, Corbett s'est rendu de Victoria à Vancouver en compagnie de Colleen Allan. À l'époque en cause, il était en liberté conditionnelle après avoir été condamné en 1971 à une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre non qualifié, laquelle peine avait été confirmée par cette Cour: *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275. Sa

radius of the city of Victoria unless he had permission to leave the area. He had no such permission. The purpose of Corbett's trip to Vancouver was to collect the money Pinsonneault owed him. Corbett and Allan registered in the Sands Motor Hotel under the assumed name of "Baxter". Corbett testified that the reason for using an assumed name was that his trip to Vancouver constituted a violation of his parole conditions.

Pinsonneault shared an apartment with Michèle Marcoux (also known as Smith) and Gilles Bergeron, a few blocks away from the Sands Motor Hotel. On the evening of December 1, 1982, Corbett and Allan had dinner at the hotel and after much drinking, a prolonged argument ensued in their hotel room. The hotel clerk called at 12:30 a.m. to complain about the noise. An occupant in the next room of the hotel testified that he heard Corbett leaving the room and that he heard Allan try to persuade Corbett to return. He then heard Allan make a telephone call asking the other party if she could come over.

The following facts are taken from the judgment of Craig J.A. (at p. 139):

Marcoux and Bergeron testified that about 1:30 a.m. on December 2, 1982, Allan whom they knew from their association with Corbett, came to their apartment. Allan had an injury or cut near one of her eyes. A few minutes later, Corbett arrived. Pinsonneault let him into the apartment. After saying something to Allan, Corbett told Pinsonneault and Bergeron to sit down. When Pinsonneault protested, Corbett took out a gun and fired several shots, killing Pinsonneault instantly and wounding Bergeron. Marcoux escaped from the apartment.

Colleen Allan was not called by the Crown at the trial but was presented for cross-examination only. She had sworn at the preliminary hearing that neither she nor Corbett had left the hotel on the night in question. At the trial, however, she admitted that many of the statements she had made at the preliminary hearing, including that

libération conditionnelle était assujettie notamment à la condition qu'il reste dans un rayon de 25 milles de la ville de Victoria, à moins d'obtenir l'autorisation de quitter la zone ainsi délimitée.

^a Corbett, sans avoir reçu cette autorisation, s'est rendu à Vancouver pour recouvrer la somme que lui devait Pinsonneault. Corbett et Allan se sont inscrits au Sands Motor Hotel sous le nom d'emprunt de «Baxter». Selon le témoignage de Corbett, ^b s'il s'est servi d'un nom d'emprunt, c'est parce que son voyage à Vancouver constituait une violation des modalités de sa libération conditionnelle.

Pinsonneault partageait un appartement avec ^c Michèle Marcoux (connue également sous le nom de Smith) et Gilles Bergeron, à quelques rues du Sands Motor Hotel. Le soir du 1^{er} décembre 1982, Corbett et Allan ont dîné à l'hôtel où ils ont bu copieusement et il s'en est suivi une longue altercation dans leur chambre d'hôtel. À minuit et demi, le réceptionniste de l'hôtel leur a téléphoné pour se plaindre du vacarme. Un occupant de la chambre voisine a témoigné qu'il avait entendu Corbett ^d quitter sa chambre et Allan qui a d'abord essayé de persuader Corbett de revenir et qui a fait ensuite un appel téléphonique au cours duquel elle a demandé à l'autre personne au bout du fil si elle pouvait aller chez elle.

^f Les faits suivants sont exposés dans les motifs du juge Craig de la Cour d'appel (à la p. 139):

[TRADUCTION] Marcoux et Bergeron ont témoigné que, vers 1 h 30 le 2 décembre 1982, Allan, qu'ils connaissaient en raison de leurs relations avec Corbett, s'est présentée à leur appartement. Allan avait une blessure ou une coupure près de l'œil. Quelques minutes plus tard, Corbett est arrivé. Pinsonneault l'a fait entrer dans l'appartement. Après avoir dit quelque chose à Allan, ^g Corbett a demandé à Pinsonneault et à Bergeron de s'asseoir. Quand Pinsonneault a protesté, Corbett a sorti une arme à feu et a tiré plusieurs coups, tuant Pinsonneault instantanément et blessant Bergeron. Marcoux s'est enfuie de l'appartement.

ⁱ Le ministère public n'a pas fait témoigner Colleen Allan au procès, mais l'a fait comparaître à des fins de contre-interrogatoire seulement. Elle avait juré à l'enquête préliminaire que ni elle ni ^j Corbett n'avaient quitté l'hôtel la nuit en question. Au procès, elle a toutefois avoué qu'un bon nombre des déclarations qu'elle avait faites à l'en-

she had not seen the shooting of Pinsonneault, were untrue.

Bergeron had a serious criminal record. Marcoux also had a criminal record, although less serious than that of Bergeron. In the stories they gave to the police shortly after the shooting of Pinsonneault, neither Bergeron nor Marcoux identified Corbett as Pinsonneault's killer. At trial, Corbett's counsel forcefully cross-examined both witnesses, whom he later described in his address to the jury as "unmitigated liars". Both witnesses admitted their criminal records during examination-in-chief by Crown counsel.

Before calling any evidence, Corbett's counsel sought a ruling that if the accused were called, s. 12 of the *Canada Evidence Act* would not apply to him because of s. 11(d) of the *Charter* and therefore that Corbett could not be cross-examined as to his prior criminal record. The trial judge ruled against Corbett on this issue, following the decision of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333. The accused was then called and in order "to soften the blow" his own counsel put to him his criminal record which Corbett admitted. The record is as follows:

April 23, 1954 — armed robbery, receiving stolen property, breaking and entering and theft (four counts)
 May 12, 1954 — escaping custody
 December 6, 1954 — theft of auto and breaking and entering
 November 8, 1971 — non-capital murder

In his evidence, Corbett denied shooting Pinsonneault and swore that he only left his hotel room once during the night to get some liquor and cigarettes from his car, the hotel clerk having testified that he had let Corbett back into the hotel at 3:10 a.m.

quête préliminaire, y compris celle selon laquelle elle n'avait pas été témoin de l'assassinat de Pinsonneault, étaient fausses.

a Bergeron avait un lourd casier judiciaire. Marcoux avait également un casier judiciaire quoique moins lourd que celui de Bergeron. Dans le récit des événements qu'ils ont fait à la police peu après l'assassinat de Pinsonneault, ni Bergeron ni Marcoux n'ont identifié Corbett comme étant l'assassin de la victime. Au procès, l'avocat de Corbett a vigoureusement contre-interrogé ces deux témoins, qu'il a plus tard qualifiés dans son exposé au jury de [TRADUCTION] «fièffés menteurs». Au cours de leur interrogatoire principal mené par l'avocat de la poursuite, chacun desdits témoins a reconnu ses antécédents criminels.

d Avant de présenter des éléments de preuve, l'avocat de Corbett a demandé que soit rendue une décision portant que, si l'accusé était appelé à témoigner, l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'appliquerait pas à lui en raison de l'al. 11d) de la *Charte* et qu'il ne pourrait donc pas être contre-interrogé relativement à ses antécédents criminels. Se fondant sur la décision *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge du procès a débouté Corbett sur ce point. L'accusé a par la suite été appelé à la barre des témoins et, pour [TRADUCTION] «limiter les dégâts», son propre avocat l'a interrogé concernant ses antécédents criminels que Corbett a reconnus. Figurent dans son casier judiciaire les infractions suivantes:

le 23 avril 1954 — vol à main armée, recel, introduction par effraction et vol (quatre chefs)
 h. le 12 mai 1954 — évasion
 le 6 décembre 1954 — vol d'une auto et introduction par effraction
 le 8 novembre 1971 — meurtre non qualifié

i Dans son témoignage, Corbett a nié avoir fait feu sur Pinsonneault et a juré qu'il n'avait quitté sa chambre d'hôtel qu'une fois pendant la nuit en question pour aller chercher de la boisson alcoolisée et des cigarettes dans sa voiture. Le réceptionniste de l'hôtel a témoigné qu'il avait laissé Corbett rentrer dans l'hôtel à 3 h 10.

In charging the jury, the trial judge stated as follows with regard to the relevance of Corbett's criminal record:

There was evidence tendered by the Accused that he was previously convicted of a number of Criminal Code offences, including the offence of non-capital murder, which conviction was registered on November 8, 1971. Evidence of previous convictions is admissible only in respect to the credibility of the witness. It can only be used to assess the credibility of the Accused and for no other purpose. Because the Accused was previously convicted of murder, it must not be used by you, the Jury, as evidence to prove that the Accused person committed the murder of which he stands charged. You, the Jury, must not take the person's previous convictions into account in your deliberations when determining whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the Accused committed the murder with which he is charged.

This warning could hardly have been more explicit. Then, later in his direction, the trial judge reiterated his earlier instruction:

Once again, Mr. Foreman and Members of the jury, I tell you that that type of evidence only goes to credibility, that is his previous criminal record.

The trial judge returned to the matter a third time and stated as follows:

I have already told you that you must not use the criminal record of the Accused for any purpose other than credibility. You must not, under any circumstances, come to the conclusion that, because he has a criminal record, he would be more inclined or predisposed to commit this particular offence.

The case clearly turned on credibility and on whether the jury believed Bergeron and Marcoux or the accused. After deliberating for some 27 hours, the jury returned a verdict of guilty of second degree murder.

IV

British Columbia Court of Appeal

Before the British Columbia Court of Appeal, the appellant relied on three grounds: the trial judge erred (i) in failing to hold that s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* contravenes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*; (ii) in failing to direct the

En faisant son exposé au jury, le juge du procès a dit ceci au sujet de la pertinence du casier judiciaire de Corbett:

[TRADUCTION] Il ressort du témoignage de l'accusé qu'il a déjà été déclaré coupable de nombreuses infractions au Code criminel, y compris celle de meurtre non qualifié, pour laquelle une déclaration de culpabilité a été inscrite le 8 novembre 1971. Or, la preuve de condamnations antérieures n'est admissible que relativement à la crédibilité du témoin. Elle ne peut servir que pour apprécier la crédibilité de l'accusé. Bien que l'accusé ait déjà été déclaré coupable de meurtre, vous, les jurés, ne devez pas considérer cela comme un élément de preuve établissant qu'il a commis le meurtre qu'on lui reproche en l'espèce. Vous, les jurés, ne devez pas tenir compte de ses condamnations antérieures pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le meurtre qu'on lui impute.

d Cette mise en garde est on ne peut plus explicite. Plus loin dans son exposé, le juge du procès répète la même directive:

[TRADUCTION] Je vous le redis, monsieur le président du jury et membres du jury, ce type d'élément de preuve, c'est-à-dire le casier judiciaire, ne se rapporte qu'à la crédibilité.

Le juge du procès aborde ce sujet une troisième fois dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Je vous ai déjà dit que vous ne devez pas vous servir du casier judiciaire de l'accusé à d'autres fins que l'appréciation de sa crédibilité. En aucun cas, vous ne devez conclure qu'en raison de son casier judiciaire il serait plus enclin ou prédisposé à commettre cette infraction précise.

Manifestement, les questions fondamentales étaient celle de la crédibilité et celle de savoir si le jury croyait Bergeron et Marcoux, ou bien l'accusé. Après avoir délibéré environ vingt-sept heures, le jury a prononcé un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

IV

Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'appelant a invoqué trois moyens: le juge du procès a commis une erreur (i) en ne concluant pas que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* viole l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte*, (ii)

jury properly on the theory of the defence and in failing to relate the evidence of witnesses generally to the theory; and, (iii) in failing to grant the request of counsel for the appellant that the jury be polled after the verdict. Leave to appeal to this Court on the second ground was refused, and leave was not sought on the third ground. We are concerned only with the first ground, the only ground upon which there was a dissent in the Court of Appeal.

Craig J.A. delivered lengthy reasons in which he carefully reviewed the evidence and dealt with all three issues relied upon by the appellant. With reference to the *Charter* argument, Craig J.A. identified its thrust as being that the jury would improperly use evidence of prior convictions and that rather than use such evidence only in assessing the credibility of the accused as a witness, would draw the inference that the accused was the sort of person who was likely to have committed the offence in question. His Lordship rejected this argument and specifically disagreed, at p. 145,

with the suggestion that, generally, or invariably, the trier of fact uses evidence of previous convictions of the accused as evidence of his guilt of the crime charged, rather than using it solely to assess his credibility and with the suggestion that jurors, psychologically, are incapable of heeding the warning that they must use this evidence solely on the issue of credibility.

Craig J.A. observed that in many cases, juries do acquit despite the existence of a prior record which indicates that jurors do heed the warning. He went on to observe that limiting the right of the Crown to examine the accused could create a serious imbalance in a case such as the present one where the accused had launched an attack on the credibility of Crown witnesses on the basis of their prior criminal records. Craig J.A. concluded as follows (at p. 146):

It would be unfair, particularly in a case such as this, to allow the case to go to the jury on the basis that the principal Crown witnesses should not be believed because they have criminal records, but that the accused

en omettant de donner au jury des directives appropriées concernant la théorie avancée par la défense et en omettant d'établir un rapport général entre les témoignages et cette théorie, et (iii) en refusant d'accéder à la requête de l'avocat de l'appelant visant à obtenir que, une fois le verdict rendu, on demande à chaque juré s'il souscrivait à ce verdict. L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour relativement au deuxième moyen a été refusée et, en ce qui concerne le troisième, on n'a pas demandé d'autorisation de pourvoi. Ne nous intéresse donc que le premier moyen, le seul qui a donné lieu à une dissidence en Cour d'appel.

Le juge Craig, dans de très longs motifs, a passé soigneusement en revue la preuve et s'est penché sur chacun des trois moyens invoqués par l'appelant. À propos de l'argument fondé sur la *Charte*, le juge Craig a dit qu'il portait essentiellement que le jury ferait mauvais usage d'une preuve de condamnations antérieures et qu'au lieu de ne se servir de cette preuve que pour apprécier la crédibilité de l'accusé en tant que témoin, les jurés en déduiraient que l'accusé était le genre de personne qui avait probablement commis l'infraction en question. Sa Seigneurie a repoussé cet argument et en particulier a rejeté, à la p. 145,

[TRADUCTION] l'idée que, d'une manière générale ou invariablement, le juge des faits utilise la preuve des condamnations antérieures d'un accusé pour établir sa culpabilité du crime imputé, plutôt que de s'en servir uniquement pour juger de sa crédibilité, et que les jurés sont psychologiquement incapables de tenir compte de l'avertissement qu'ils ne doivent la prendre en considération que relativement à la crédibilité.

Le juge Craig a fait observer que, bien souvent, les jurys prononcent l'acquiescement en dépit de l'existence d'un casier judiciaire, ce qui indique que les jurés tiennent réellement compte de la mise en garde du juge. Il a ajouté qu'en limitant le droit du ministère public d'interroger l'accusé, on pourrait créer un grave déséquilibre dans un cas comme celui-ci où l'accusé s'est servi du casier judiciaire des témoins à charge pour attaquer leur crédibilité. Le juge Craig conclut (à la p. 146):

[TRADUCTION] Il serait injuste, surtout dans un cas comme celui-ci, de permettre qu'une affaire soit soumise à l'appréciation du jury en tenant pour acquis, d'une part, qu'il ne faut pas ajouter foi aux dépositions des

should be believed because he does not, apparently, have a criminal record, although, in fact, he may have a criminal record.

Seaton J.A. concurred with Craig J.A. Seaton J.A. considered at length American decisions which establish that an accused who testifies on his own behalf in a criminal case assumes the position of an ordinary witness and is subject to being discredited on cross-examination as to prior convictions. Seaton J.A. also reviewed the English legislation which permits such cross-examination in certain circumstances, and noted that in the light of defence counsel's cross-examination of Crown witnesses, Crown counsel would have been justified in cross-examining the accused on his record under the English provision. Seaton J.A. concluded that the accused was not, in those circumstances, entitled to conceal his record from the jury.

Hutcheon J.A., dissenting, emphasized the difference between the situation in Canada and England, namely, that under the English legislation and practice, use of prior convictions is limited and a trial judge has a discretion to refuse to permit such cross-examination where there is a serious risk that introduction of prior convictions would prejudice the jury against the accused. Hutcheon J.A. noted that the weight of authority in Canada was against the existence of any such discretion. He also noted that s. 12 had been criticized in the literature and concluded with respect to the various articles and studies as follows (at p. 161): "To the extent the matter has been studied, one can say that evidence of a previous conviction for the same offence unduly prejudices an accused and that the instruction from the trial judge does nothing to remove that prejudice." Hutcheon J.A. contended that the probative value of a prior murder conviction in relation to credibility was minimal whereas it created a substantial risk of undue prejudice. In the end, he concluded that the result produced by s. 12 was inconsistent with the accused's right to a fair hearing and that while it was impossible to deny that there was a strong case against the accused, his conviction for the same offence

principaux témoins à charge en raison de leurs antécédents criminels et, d'autre part, que l'accusé est digne de foi parce qu'il ne semble pas avoir d'antécédents criminels, bien qu'il puisse en réalité en avoir.

^a Le juge Seaton, qui a souscrit à l'avis du juge Craig, a longuement examiné la jurisprudence américaine qui établit que l'accusé qui témoigne pour son propre compte dans une affaire criminelle se met dans la position d'un témoin ordinaire et s'expose à être discrédité dans le cadre d'un contre-interrogatoire portant sur ses condamnations antérieures. Le juge Seaton a aussi passé en revue les dispositions législatives anglaises qui permettent qu'on procède à de tels contre-interrogatoires dans certaines circonstances, puis il a fait remarquer que, comme l'avocat de la défense a contre-interrogé les témoins à charge, les dispositions anglaises auraient autorisé l'avocat de la poursuite à contre-interroger l'accusé relativement à son casier judiciaire. Le juge Seaton a conclu que l'accusé n'avait pas le droit en pareil cas de dissimuler son casier judiciaire au jury.

^e Le juge Hutcheon, dissident, a insisté sur la différence entre la situation au Canada et celle qui existe en Angleterre, savoir que suivant la loi et la pratique anglaises, on ne peut se servir des condamnations antérieures que dans des cas bien précis et le juge du procès jouit du pouvoir discrétionnaire de refuser la tenue de tout contre-interrogatoire portant sur les condamnations antérieures lorsque leur production en preuve risquerait réellement de compromettre l'impartialité du jury au détriment de l'accusé. Le juge Hutcheon a souligné qu'au Canada la jurisprudence tend nettement à rejeter l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire. Il a souligné en outre les critiques dont l'art. 12 a fait l'objet dans la doctrine et a conclu relativement aux divers articles et aux différentes études (à la p. 161): [TRADUCTION] «Pour autant que la question a été étudiée, on peut affirmer que la preuve d'une condamnation antérieure pour la même infraction préjudicie indûment à l'accusé et que les directives que le juge du procès peut donner au jury ne font rien pour écarter ce préjudice». Une condamnation antérieure pour meurtre, a soutenu le juge Hutcheon, n'a qu'une valeur probante minimale en ce qui concerne la crédibilité, mais elle crée un risque important de préjudice

“might have been the last ounce which turned the scales against him.”

indu. En définitive, il a conclu que les conséquences de l'application de l'art. 12 étaient incompatibles avec le droit de l'accusé à un procès équitable et que, même s'il était impossible de nier que la preuve à charge était solide, il se pouvait que la condamnation de l'accusé pour la même infraction [TRADUCTION] «ait eu pour effet de faire pencher la balance contre lui».

V

b

V

Purpose and Effect of the *Canada Evidence Act*, s. 12

L'objet et l'effet de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*

The history of the *Canada Evidence Act*, s. 12 and its predecessors is set out in La Forest J.'s reasons and in the judgment of Martin J.A. in *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (Ont. C.A.) Cross-examination of an accused with respect to prior convictions has been permitted in Canada since an accused first became competent to testify on his own behalf in 1893: *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407 (Ont. C.A.) What lies behind s. 12 is a legislative judgment that prior convictions do bear upon the credibility of a witness. In deciding whether or not to believe someone who takes the stand, the jury will quite naturally take a variety of factors into account. They will observe the demeanour of the witness as he or she testifies, the witness' appearance, tone of voice, and general manner. Similarly, the jury will take into account any information it has relating to the witness' habits or mode of life. There can surely be little argument that a prior criminal record is a fact which, to some extent at least, bears upon the credibility of a witness. Of course, the mere fact that a witness was previously convicted of an offence does not mean that he or she necessarily should not be believed, but it is a fact which a jury might take into account in assessing credibility.

Le juge La Forest dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce et le juge Martin dans ceux qu'il a rédigés dans l'affaire *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (C.A. Ont.), font l'historique de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* et des dispositions qui l'ont précédé. Au Canada, il est permis de contre-interroger un accusé relativement à ses condamnations antérieures depuis que les accusés ont été habilités pour la première fois à témoigner pour leur propre compte en 1893: *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407 (C.A. Ont.) L'article 12 traduit l'opinion du législateur que les condamnations antérieures influent réellement sur la crédibilité d'un témoin. En décidant s'il croira un témoin donné, le jury, tout naturellement, prendra en considération divers éléments. Les jurés observeront le comportement du témoin pendant qu'il dépose, son apparence, le ton sur lequel il s'exprime et son attitude générale. De même, le jury tiendra compte de tous renseignements qu'il possède concernant les habitudes ou le mode de vie du témoin. Certes, on ne saurait nier que le casier judiciaire d'un témoin influe, du moins jusqu'à un certain point, sur sa crédibilité. Il est toutefois évident que ce n'est pas simplement parce qu'un témoin a déjà été déclaré coupable d'une infraction qu'on doit nécessairement le considérer comme indigne de foi, mais c'est là un fait dont un jury pourrait tenir compte en appréciant sa crédibilité.

This rationale for s. 12 has been explicit in the case law. See, e.g., *R. v. Stratton*, *supra*, at p. 461, *per* Martin J.A., “Unquestionably, the theory upon which prior convictions are admitted in relation to credibility is that the character of the witness, as evidenced by the prior conviction or

Cette justification de l'art. 12 a été énoncée explicitement dans la jurisprudence. Voir, par exemple, l'arrêt *R. v. Stratton*, précité, à la p. 461, où le juge Martin affirme: [TRADUCTION] «Incontestablement, la théorie en vertu de laquelle les condamnations antérieures sont admises en preuve

convictions, is a relevant fact in assessing the testimonial reliability of the witness.”

Similarly, in *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339 (Ont. C.A.), at p. 342, *per* Martin J.A., “The fact that a witness has been convicted of a crime is relevant to his trustworthiness as a witness.”

An American court identified the rationale behind a similar rule in the following language:

What a person is often determines whether he should be believed. When a defendant voluntarily testifies in a criminal case, he asks the jury to accept his word. No sufficient reason appears why the jury should not be informed what sort of person is asking them to take his word. In transactions of everyday life this is probably the first thing that they would wish to know. So it seems to us in a real sense that when a defendant goes onto a stand, “he takes his character with him” Lack of trustworthiness may be evinced by his abiding and repeated contempt for laws which he is legally and morally bound to obey, as in the case at bar, though the violations are not concerned solely with crimes involving “dishonesty and false statement.”

(*State v. Duke*, 123 A.2d 745 (N.H. 1956), at p. 746; quoted with approval in *State v. Ruzicka*, 570 P.2d 1208 (Wash. 1977), at p. 1212).

Charter of Rights and Freedoms

It is contended, however, that permitting the Crown to cross-examine an accused on his prior criminal record violates the right guaranteed by the *Charter*, s. 11(d):

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

relativement à la crédibilité est celle selon laquelle la moralité du témoin, qui ressort de ses antécédents criminels, constitue un fait pertinent qu'on doit prendre en considération en appréciant la crédibilité du témoin.»

De la même façon, dans l'arrêt *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339 (C.A. Ont.), à la p. 342, le juge Martin de la Cour d'appel dit: [TRADUCTION] «Le fait qu'un témoin a été reconnu coupable d'un crime est pertinent relativement à sa crédibilité en tant que témoin.»

Un tribunal américain a formulé ainsi le raisonnement sous-tendant une règle analogue:

[TRADUCTION] Ce qu'une personne est déterminé souvent si elle est digne de foi. Quand un défendeur témoigne volontairement dans une affaire criminelle, il demande au jury de croire ce qu'il dit. Il paraît n'y avoir aucune raison suffisante de ne pas informer les jurés sur le genre de personne qui leur demande d'ajouter foi à ses propos. Dans les opérations de la vie quotidienne, c'est probablement la première chose qu'ils voudraient savoir. Il nous semble donc vraiment que lorsqu'un défendeur se présente à la barre, «sa réputation l'accompagne» Le fait qu'il est indigne de foi peut se manifester dans le mépris constant et réitéré qu'il témoigne à l'égard de lois auxquelles il est légalement et moralement tenu d'obéir, comme c'est le cas en l'espèce, quoique les infractions en question ne consistent pas uniquement en des crimes où il est question «de malhonnêteté et de fausses déclarations.»

(*State v. Duke*, 123 A.2d 745 (N.H. 1956), à la p. 146; décision citée et approuvée dans *State v. Ruzicka*, 570 P.2d 1208 (Wash. 1977), à la p. 1212).

Charte des droits et libertés

On prétend cependant que permettre au ministère public de contre-interroger un accusé relativement à ses antécédents criminels constitue une violation du droit garanti par l'al. 11(d) de la *Charte*, dont voici le texte:

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

It should be noted at the outset that, strictly speaking, the accused's prior criminal record did not come before the jury as a result of being cross-examined pursuant to s. 12 of the *Canada Evidence Act*. Counsel for the accused chose to introduce the record in examination-in-chief in order "to soften the blow". In my view, La Forest J. is correct in holding that this should not preclude the accused from challenging the validity of s. 12. Counsel for the accused only elected to lead evidence of the accused's prior record after the trial judge had rejected his application for a ruling that the accused's criminal record could not be introduced by the prosecution in cross-examination. Faced with the choice between introducing the record himself or having it exposed, as it inevitably would have been, by Crown counsel, counsel for the accused decided that his client's interests would be better served if he himself presented the potentially damaging evidence. While this was held fatal to any recourse under the *Charter* to challenge s. 12 in *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465 (N.S.S.C. App. Div.), it should not, in my view, prevent the accused from presenting the *Charter* argument. But for s. 12, the prior criminal record of the accused would not have been put before the jury. The accused should not be deprived of the right to challenge the constitutional validity of the provision simply because of his attempt to minimize the impact it would have.

Does section 12 of the *Canada Evidence Act* violate the guarantee contained in s. 11(d) of the *Charter*? Clearly section 12 creates no presumption of guilt nor does it deprive the accused of the right "to be presumed innocent until proven guilty". The effect of the section is merely to permit the Crown to adduce evidence of prior convictions as they relate to credibility. The burden of proof remains upon the Crown and the introduction of prior convictions creates no presumption of guilt nor does it create a presumption that the accused should not be believed. The prior convictions are simply evidence for the jury to consider, along with everything else, in assessing the credibility of the accused. It remains, however, to consider whether it can be said that the effect of s. 12 is to deprive

Soulignons au départ que ce n'est pas, à strictement parler, à cause du contre-interrogatoire mené conformément à l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* que le casier judiciaire de l'accusé a été porté à l'attention du jury. L'avocat de l'accusé a choisi de parler du casier judiciaire au cours de l'interrogatoire principal afin de «limiter les dégâts». À mon avis, le juge La Forest a raison de conclure que cela ne devrait pas empêcher l'accusé de contester la validité de l'art. 12. L'avocat de l'accusé n'a décidé de produire en preuve le casier judiciaire de l'accusé qu'après que le juge du procès eut rejeté sa demande visant à obtenir une décision que le casier judiciaire de l'accusé ne pourrait être produit en preuve par la poursuite au cours du contre-interrogatoire. Ayant à choisir entre soit produire le casier judiciaire lui-même, soit le voir divulgué, comme l'aurait fait inévitablement l'avocat de la poursuite, l'avocat de l'accusé a décidé que les intérêts de son client seraient mieux servis s'il présentait lui-même la preuve potentiellement dommageable. Bien que dans l'arrêt *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465 (C.S.N.-É., Div. App.), cela ait été jugé fatal à tout recours à la *Charte* pour contester l'art. 12, ce n'est pas, selon moi, une raison d'empêcher l'accusé de présenter son argument fondé sur la *Charte*. N'eût été l'art. 12, les antécédents criminels de l'accusé n'auraient pas été soumis au jury. L'accusé ne devrait pas se voir privé du droit de contester la constitutionnalité de cette disposition du simple fait qu'il a essayé d'en atténuer l'effet.

L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* viole-t-il la garantie énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*? De toute évidence, l'art. 12 ne crée aucune présomption de culpabilité ni ne porte atteinte au droit de l'accusé «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable». L'article a pour seul effet de permettre au ministère public de produire en preuve les condamnations antérieures dans la mesure où celles-ci se rapportent à la crédibilité. La charge de la preuve incombe toujours au ministère public et la production en preuve des condamnations antérieures ne fait naître aucune présomption de culpabilité ni aucune présomption que l'accusé est indigne de foi. Les condamnations antérieures constituent simplement un élément de preuve que le jury pourra

the accused of a "fair" trial in the sense that the introduction of such evidence would divert the jury from the task of deciding the case on the basis of admissible evidence legally relevant to the proof of the charge faced by the accused.

The essence of the *Charter* argument is that in light of the evidentiary rules restricting the admissibility of similar fact evidence and evidence relating to bad character, evidence of prior convictions against an accused person would ordinarily be inadmissible. Section 12 purports to make such evidence admissible on the issue of credibility only, but it is contended that the trier of fact will be incapable of restricting the use of such evidence to the issue of credibility. It is argued that permitting cross-examination on prior convictions unfairly prejudices an accused in the sense that it presents the trier of fact with evidence, not otherwise admissible, which the trier of fact will inevitably take into account not only on the issue of credibility but also on the ultimate issue of guilt or innocence. It is argued that when presented with such information, the jury will inevitably tend to conclude that the accused is a person of bad character or a person who has a propensity to commit criminal offences and hence draw an inference it is not legally entitled to draw.

It is the case that apart from its relevance to credibility, evidence of prior convictions would be inadmissible unless it met one of the exceptions to the general exclusion of similar fact evidence. Such evidence does not constitute proof that the accused committed the offence for which he is now being tried: *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, at p. 65; *Koufis v. The King*, [1941] S.C.R. 481; *R. v. Stratton*, *supra*, at p. 461. It is also well-established that the trial judge is under a duty in cases where the accused has been cross-examined as to prior convictions to instruct the jury as to the limited

prendre en considération, avec tout le reste, pour déterminer la crédibilité de l'accusé. Il reste toutefois à examiner si on peut dire que l'art. 12 a pour effet de priver l'accusé d'un procès «équitable» en ce sens que la production d'un tel élément de preuve distrairait le jury de sa tâche de rendre un verdict en fonction d'une preuve admissible et juridiquement pertinente relativement à l'accusation portée contre l'accusé.

L'argument fondé sur la *Charte* porte essentiellement que, compte tenu des règles de preuve limitant l'admissibilité de la preuve de faits similaires et de la preuve de mauvaise moralité, la preuve des condamnations antérieures d'un accusé serait normalement inadmissible. L'article 12 rend cette preuve admissible relativement à la seule question de la crédibilité mais, prétend-on, le juge des faits sera incapable de limiter à cette question l'utilisation de ladite preuve. On soutient que permettre de procéder à un contre-interrogatoire au sujet des condamnations antérieures préjudicie injustement à un accusé en ce sens que sont présentés au juge des faits des éléments de preuve par ailleurs inadmissibles que celui-ci prendra inévitablement en considération non seulement relativement à la question de la crédibilité, mais aussi relativement à la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence. Devant des renseignements de ce genre, fait-on valoir, le jury aura forcément tendance à conclure que l'accusé est une personne de mauvaise moralité ou une personne ayant une propension à commettre des infractions criminelles, et à tirer ainsi une conclusion qu'il n'est pas légalement autorisé à tirer.

Il est vrai que, mise à part sa pertinence relativement à la question de la crédibilité, la preuve des condamnations antérieures serait inadmissible à moins de relever d'une des exceptions à la règle générale de l'exclusion de la preuve de faits similaires. Une telle preuve n'établit nullement que l'accusé a commis l'infraction pour laquelle il subit maintenant son procès: *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 65; *Koufis v. The King*, [1941] R.C.S. 481; *R. v. Stratton*, précité, à la p. 461. Il est en outre bien établi que le juge du procès est tenu, dans les cas où l'accusé a été contre-interrogé relativement

permissible use it can make of such evidence: *R. v. Stratton, supra*; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283 (Sask. C.A.); *R. v. Bodnarchuk* (1949), 94 C.C.C. 279 (Man. C.A.)

It is argued, however, that even if prior convictions do bear to some extent upon credibility, the jury simply cannot be trusted with the information as, even if a clear instruction is given, the jury cannot avoid falling into the error of convicting the accused on the basis that he is a person who has a propensity to offend. Such a conclusion would run counter to the well-established exclusionary rules relating to similar fact evidence and evidence of bad character. The issue to be faced, therefore, is whether the risk that the jury will use the evidence of prior convictions for an improper purpose is so great that Parliament is not entitled to provide, as it has in s. 12 of the *Canada Evidence Act*, that a witness, specifically in this case an accused, may be cross-examined as to prior criminal convictions.

Every reported decision that discusses the relationship between s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* and s. 11(d) of the *Charter* has concluded that s. 12(1) does not infringe the rights guaranteed in s. 11(d). In *R. v. Grosse, supra*, the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, held that the *Charter* did not apply on the facts of that case because of the problem of retrospectivity. However, Morrison J.A., who wrote the Court's unanimous decision, did deal with the merits of the *Charter* argument and concluded as follows, at p. 473:

... I do not think that the provisions of s. 12 of the *Canada Evidence Act* offends the guarantee of the presumption of innocence until proven guilty by a fair and impartial tribunal in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this respect the jury was properly instructed on the limited use of evidence as to the prior criminal record of the accused. The learned trial judge carefully pointed out to the jury that the existence of a prior criminal record could only be used by the jury in considering the credibility of the

à ses condamnations antérieures, de donner au jury des directives concernant l'usage limité qu'il lui est permis de faire de cette preuve: *R. v. Stratton, précité*; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283 (C.A. Sask.); *R. v. Bodnarchuk* (1949), 94 C.C.C. 279 (C.A. Man.)

On fait valoir cependant que, même si les condamnations antérieures influent dans une certaine mesure sur la crédibilité, on ne peut simplement pas confier ces renseignements au jury car, même à supposer qu'il ait reçu des directives claires, il ne pourra s'empêcher de commettre l'erreur de déclarer l'accusé coupable pour le motif qu'il s'agit d'une personne ayant des penchants criminels. Or, pareille conclusion irait à l'encontre des règles d'exclusion bien établies pour la preuve de faits similaires et la preuve de mauvaise moralité. La question qui se pose donc est de savoir si le risque que le jury fasse mauvais usage de la preuve des condamnations antérieures est tellement grand que le législateur ne saurait édicter, comme il l'a fait à l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qu'un témoin, et plus particulièrement, en l'espèce, un accusé, peut être contre-interrogé concernant ses condamnations criminelles antérieures.

Dans toutes les décisions publiées qui traitent du rapport entre le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'al. 11d) de la *Charte*, on a conclu que le par. 12(1) ne porte pas atteinte aux droits garantis par l'al. 11d). La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, dans l'arrêt *R. v. Grosse, précité*, a jugé la *Charte* inapplicable aux faits de cette affaire, en raison du problème de la rétroactivité. Toutefois, le juge Morrison, qui a rédigé l'arrêt unanime de la cour, a examiné la valeur de l'argument fondé sur la *Charte* et est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 473:

[TRADUCTION] ... je ne crois pas que les dispositions de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* violent le droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'être présumé innocent tant qu'on n'a pas été déclaré coupable par un tribunal équitable et impartial. À cet égard, le jury a reçu des directives appropriées concernant l'usage limité qu'il pouvait faire de la preuve du casier judiciaire de l'accusé. Le savant juge du procès a pris soin de faire remarquer aux jurés qu'ils ne pouvaient tenir compte de l'existence d'un

witness. This is the standard direction given to a jury when dealing with this type of evidence.

In *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1986] 2 S.C.R. vii), the Manitoba Court of Appeal reached a similar conclusion. Similarly, in *R. v. Jarosz*, *supra*, Davies J. of the British Columbia Supreme Court concluded as follows, at p. 335:

However, in criminal, especially sexual cases, credibility is often critical. Both the Crown and the accused should have the ability to test the credibility of the witnesses within the limits of the law. That is the interpretation that has been placed on s. 12 of the *Canada Evidence Act*, and I find that the procedure does not offend the provisions of s. 11(d). The accused's presumption of innocence still stands. In my view, if there is to be a change with respect to the examination of the accused person on his record, that change will have to be made by the Parliament of Canada.

It is my view that on the facts of the present case, a serious imbalance would have arisen had the jury not been apprised of Corbett's criminal record. Counsel for Corbett vigorously attacked the credibility of the Crown witnesses and much was made of the prior criminal records of Marcoux and Bergeron. What impression would the jury have had if Corbett had given his evidence under a regime whereby the Crown was precluded from bringing to the jury's attention the fact that Corbett had a serious criminal record? It would be impossible to explain to the jury that one set of rules applies to ordinary witnesses, while another applies to the accused, for the very fact of such an explanation would undermine the purpose of the exclusionary rule. Had Corbett's criminal record not been revealed, the jury would have been left with the quite incorrect impression that while all the Crown witnesses were hardened criminals, the accused had an unblemished past. It cannot be the case that nothing short of this entirely misleading situation is required to satisfy the accused's right to a fair trial.

There is perhaps a risk that if told of the fact that the accused has a criminal record, the jury

casier judiciaire que dans leur appréciation de la crédibilité du témoin. Il s'agit là de la directive normalement donnée au jury lorsque ce type de preuve a été produit.

Dans l'arrêt *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349 (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1986] 2 R.C.S. vii), la Cour d'appel du Manitoba a tiré une conclusion semblable. De même, dans la décision *R. v. Jarosz*, précitée, le juge Davies de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu, à la p. 335:

[TRADUCTION] Dans les affaires criminelles, cependant, et surtout dans celles qui revêtent un caractère sexuel, la question de la crédibilité est souvent cruciale. Le ministère public et l'accusé doivent tous deux pouvoir vérifier la crédibilité des témoins dans les limites légalement permises. C'est ainsi qu'a été interprété l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* et j'estime que cette façon de procéder ne contrevient pas aux dispositions de l'al. 11d). L'accusé bénéficie toujours de la présomption d'innocence. À mon avis, s'il doit y avoir une modification en ce qui concerne l'interrogatoire d'un accusé au sujet de son casier judiciaire, cette modification devra être apportée par le législateur fédéral.

Selon moi, étant donné les faits de l'espèce, un grave déséquilibre aurait résulté si le jury n'avait pas été informé du casier judiciaire de Corbett. L'avocat de ce dernier a vigoureusement attaqué la crédibilité des témoins à charge et on a fait grand cas des casiers judiciaires de Marcoux et de Bergeron. Quelle aurait été l'impression du jury si Corbett avait déposé dans un contexte où il aurait été défendu au ministère public d'attirer l'attention du jury sur le fait que Corbett avait un lourd casier judiciaire? Il serait impossible d'expliquer au jury que les règles qui s'appliquent aux témoins ordinaires sont différentes de celles qui s'appliquent à l'accusé, car le fait même de donner une telle explication minerait l'objet de la règle d'exclusion. Si le casier judiciaire de Corbett n'avait pas été révélé, le jury aurait cru, à tort, que tous les témoins à charge étaient des criminels endurcis tandis que l'accusé avait un passé sans reproche. Il ne se peut pas que le droit de l'accusé à un procès équitable ne puisse être respecté qu'au prix de cette situation entièrement trompeuse.

Il y a peut-être le risque que le jury, si on lui apprenait que l'accusé a un casier judiciaire, atta-

will make more than it should of that fact. But concealing the prior criminal record of an accused who testifies deprives the jury of information relevant to credibility, and creates a serious risk that the jury will be presented with a misleading picture.

In my view, the best way to balance and alleviate these risks is to give the jury all the information, but at the same time give a clear direction as to the limited use they are to make of such information. Rules which put blinders over the eyes of the trier of fact should be avoided except as a last resort. It is preferable to trust the good sense of the jury and to give the jury all relevant information, so long as it is accompanied by a clear instruction in law from the trial judge regarding the extent of its probative value.

The balance struck by the combination of the *Canada Evidence Act*, s. 12, and the requirement for a clear direction from the judge is admirably summed up in the following passage from the judgment of Martin J.A. in *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.), at pp. 441-42:

An accused who gives evidence has a dual character. As an accused he is protected by an underlying policy rule against the introduction of evidence by the prosecution tending to show that he is a person of bad character, subject, of course, to the recognized exceptions to that rule. As a witness, however, his credibility is subject to attack. If the position of an accused who gives evidence is assimilated in every respect to that of an ordinary witness he is not protected against cross-examination with respect to discreditable conduct and associations.

If an accused could in every case be cross-examined with a view to showing that he is a professional criminal under the guise of an attack upon his credibility as a witness it would be virtually impossible for him to receive a fair trial on the specific charge upon which he is being tried. It is not realistic to assume that, ordinarily, the jury will be able to limit the effect of such a cross-examination to the issue of credibility in arriving at a verdict.

che à ce fait plus d'importance qu'il ne le devrait. Cependant, la dissimulation du casier judiciaire d'un accusé qui témoigne prive le jury de renseignements se rapportant à sa crédibilité et crée un risque sérieux que le jury obtienne une description trompeuse de la situation.

À mon avis, la meilleure façon de réaliser l'équilibre et d'atténuer ces risques est de fournir au jury des renseignements complets, mais de lui donner, en même temps, des directives claires quant à l'usage limité qu'il doit faire de ces renseignements. Les règles qui imposent des restrictions aux renseignements pouvant être portés à la connaissance du juge des faits devraient être évitées sauf en dernier recours. Il vaut mieux s'en remettre au bon sens des jurés et leur donner tous les renseignements pertinents, à condition que ceux-ci soient accompagnés de directives claires dans lesquelles le juge du procès précise les limites de leur valeur probante en droit.

L'équilibre atteint par la conjugaison de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'exigence que le juge donne des directives claires est admirablement résumé dans l'extrait suivant des motifs du juge Martin dans l'affaire *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (C.A. Ont.), aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] L'accusé qui témoigne a deux qualités. En tant qu'accusé il est protégé par une règle fondamentale de politique générale qui interdit à la poursuite de produire des éléments de preuve tendant à démontrer sa mauvaise moralité, sous réserve évidemment des exceptions reconnues à cette règle. En sa qualité de témoin, cependant, sa crédibilité peut être attaquée. Si la situation d'un accusé qui témoigne est assimilable à tous les égards à celle d'un témoin ordinaire, il n'y a rien qui s'oppose à ce qu'il soit contre-interrogé sur toute conduite déshonorante qu'il a pu avoir et sur sa fréquentation d'individus louches.

Si, sous prétexte d'attaquer sa crédibilité en tant que témoin, on pouvait dans tous les cas soumettre un accusé à un contre-interrogatoire destiné à démontrer qu'il est un criminel professionnel, il lui serait alors presque impossible de subir un procès équitable relativement à l'accusation précise pour laquelle il se fait juger. Il est irréaliste de supposer qu'en temps normal le jury sera en mesure, aux fins de son verdict, de ne tenir compte d'un tel contre-interrogatoire qu'à l'égard de la question de la crédibilité.

In my view the policy rule which protects an accused against an attack upon his character lest it divert the jury from the issue which they are called upon to decide, namely, the guilt or innocence of the accused on the specific charge before the Court, is not wholly subordinated to the rule which permits an accused who elects to give evidence to be cross-examined on the issue of his credibility. In this area of the law, as in so many areas, a balance has been struck between competing interests, which endeavours so far as possible to recognize the purpose of both rules and does not give effect to one to the total exclusion of the other.

One can now add on the accused's side of the balance the discretion in the trial judge to exclude evidence of prior convictions in those unusual circumstances where a mechanical application of s. 12 would undermine the right to a fair trial.

In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. We should regard with grave suspicion arguments which assert that depriving the jury of all relevant information is preferable to giving them everything, with a careful explanation as to any limitations on the use to which they may put that information. So long as the jury is given a clear instruction as to how it may and how it may not use evidence of prior convictions put to an accused on cross-examination, it can be argued that the risk of improper use is outweighed by the much more serious risk of error should the jury be forced to decide the issue in the dark.

À mon avis, la règle de politique générale qui met un accusé à l'abri de toute contestation de sa bonne moralité, de crainte que le jury ne soit détourné de la question qu'il est appelé à trancher, savoir celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé relativement à l'accusation précise dont la cour se trouve saisie, n'est pas complètement subordonnée à la règle permettant qu'un accusé qui choisit de témoigner soit contre-interrogé sur la question de sa crédibilité. Dans ce domaine du droit, comme dans bien d'autres, un équilibre a été établi entre des intérêts contradictoires, équilibre par lequel on essaie autant que possible de reconnaître l'objet des deux règles sans appliquer l'une à l'exclusion totale de l'autre.

On peut maintenant ajouter dans la balance, en faveur de l'accusé, le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge du procès d'écartier la preuve de ses condamnations antérieures dans les cas exceptionnels où l'application automatique de l'art. 12 minerait son droit à un procès équitable.

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l'expérience des juges confirme que les jurys s'acquittent de leurs obligations d'une manière conforme à la loi. Il faut donc se montrer très méfiant face à des arguments portant qu'il vaut mieux priver les jurés de renseignements pertinents que de tout leur divulguer en prenant bien soin d'expliquer les restrictions imposées à l'usage qu'ils peuvent faire de ces renseignements. Pourvu que le jury reçoive des directives claires quant à la façon dont il peut se servir ou ne pas se servir de la preuve de condamnations antérieures produite au cours du contre-interrogatoire de l'accusé, on peut prétendre que le risque de mauvais usage cède le pas devant le risque beaucoup plus grave d'erreur qui surgirait si le jury était obligé de se prononcer à l'aveuglette sur la question en litige.

It is of course, entirely possible to construct an argument disputing the theory of trial by jury. Juries are capable of egregious mistakes and they may at times seem to be ill-adapted to the exigencies of an increasingly complicated and refined criminal law. But until the paradigm is altered by Parliament, the Court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them. The ramifications of any such statement could be enormous. Moreover, the fundamental right to a jury trial has recently been underscored by s. 11(f) of the *Charter*. If that right is so important, it is logically incoherent to hold that juries are incapable of following the explicit instructions of a judge. Yet it is just this holding that is urged upon this Court by the appellant, for it is only this holding that can justify the conclusion that when s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* is employed against an accused, the section infringes the accused's right to a "fair hearing".

The dissent in the Court of Appeal of British Columbia relied heavily upon two sociological studies which purported to demonstrate that jurors are incapable of distinguishing between evidence that goes to guilt and evidence that goes to credibility. Those studies have been analyzed with great sophistication by the intervener, the Attorney General of Canada, and the scientific method of the studies has been cast into doubt. Moreover, the Attorney General of Canada refers to other sociological and psychological studies that call into question the conclusions of the data relied upon by Hutcheon J.A. in dissent. It is not possible to undertake a complete analysis of all these studies for the purposes of this judgment, but the conflicting results and the inherent limitations of such investigations should cause the Court to be wary of relying upon the data adduced by the appellant before the Court of Appeal.

We should maintain our strong faith in juries which have, in the words of Sir William Holdsworth, "for some hundreds of years been constant-

Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d'un droit criminel de plus en plus compliqué et subtile. Mais tant que le législateur n'aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s'abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d'accomplir la tâche qui leur est assignée. Toute expression de doute de ce genre risquerait d'avoir des conséquences incalculables. De plus, le droit fondamental à un procès avec jury a été souligné récemment par l'al. 11f) de la *Charte*. Or, si ce droit revêt une telle importance, il est tout à fait illogique de conclure que les jurys sont incapables de suivre les directives explicites d'un juge. Pourtant, c'est précisément ce que l'appelant demande à cette Cour de conclure, car il n'y a que cette conclusion qui puisse justifier une décision portant que, lorsqu'il est invoqué contre un accusé, le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* viole le droit dudit accusé à un «procès équitable».

L'opinion dissidente exprimée en Cour d'appel de la Colombie-Britannique repose en grande partie sur deux études sociologiques tendant à démontrer que les jurés sont incapables de distinguer entre une preuve qui se rapporte à la culpabilité et une preuve qui se rapporte à la crédibilité. Les études en question ont fait l'objet d'une analyse fort poussée de la part de l'intervenant, le procureur général du Canada, et on a soulevé des doutes concernant la méthode scientifique employée dans leur réalisation. Au surplus, le procureur général du Canada se réfère à d'autres études sociologiques et psychologiques qui mettent en doute les conclusions tirées dans les études invoquées par le juge Hutcheon, dissident. Il est impossible d'entreprendre, aux fins de l'espèce, une analyse complète de toutes ces études, mais leurs résultats contradictoires ainsi que les limitations inhérentes à de telles enquêtes devraient inciter la Cour à hésiter à se fier aux données produites par l'appelant devant la Cour d'appel.

Nous devrions conserver notre foi dans les jurys qui, comme l'a affirmé sir William Holdsworth, [TRADUCTION] «depuis des centaines d'années

ly bringing the rules of law to the touchstone of contemporary common sense" (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, at p. 349).

To root the discussion firmly in the soil of common sense, I would simply quote the words of Seaton J.A. in the Court of Appeal (at p. 138):

Here the witnesses for the Crown were cross-examined regarding their previous convictions and the trial judge warned the jury about believing such people. The cross-examination was conducted and the warning given because a previous record is generally thought to indicate a person whose evidence should not be accepted too quickly. Experience has shown such people not to be reliable. The appellant wants the benefit of all that, but he wants us to hide from the jury that he is much the same as the other witnesses. Maybe worse. I do not think that he is entitled to that. It is not an essential ingredient in a fair trial.

There are many situations where the jury is permitted to hear and use evidence relevant to one issue, but not to another. In these situations, all that is required is a clear direction to the jury indicating what is permissible use and what is not.

For example, in some cases, similar fact evidence is admissible to show some particular trait or design. At the same time, however, the jury must be told that it is not permissible simply to conclude that the accused has a general propensity to do evil from which the inference can be drawn that he or she committed the particular offence charged: *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, *supra*.

In the joint trial of the co-accused, the confession of one accused is admissible against that accused only, and the jury must be instructed that such evidence cannot be taken into account in determining the guilt of the co-accused. See, e.g., *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438, at p. 439; *R. v. Rudd* (1948), 32 Cr. App. R. 138 (C.C.A.); and *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.), where Addy J. stated as follows, at p. 279:

n'ont cessé d'appliquer les règles de droit en fonction du bon sens contemporain» (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, à la p. 349).

^a

Pour insuffler une solide dose de bon sens à l'analyse, je cite simplement les propos tenus par le juge Seaton en Cour d'appel (à la p. 138):

^b

[TRADUCTION] En l'espèce, les témoins à charge ont été contre-interrogés relativement à leurs condamnations antérieures et le juge du procès a averti le jury du danger qu'il y avait à croire ces gens. Le contre-interrogatoire a été tenu et la mise en garde faite parce qu'un casier judiciaire est généralement considéré comme une indication qu'il s'agit d'une personne dont le témoignage est sujet à caution. L'expérience démontre que de telles personnes ne sont pas dignes de foi. L'appelant désire profiter de tout cela, mais en même temps, il ne veut pas que nous disions au jury qu'à cet égard il ressemble aux autres témoins. Peut-être pire. Je ne crois pas qu'il a droit à cela. Ce n'est pas un élément essentiel d'un procès équitable.

^c

^d

Il existe bien des cas où il est permis au jury d'entendre et d'utiliser des éléments de preuve qui se rapportent à une question, mais non à une autre. Dans ces cas-là, il suffit simplement de donner au jury des directives claires quant à ce qui est un usage permis et quant à ce qui ne l'est pas.

^e

^f

Dans certains cas, par exemple, une preuve de faits similaires est admissible pour établir une caractéristique ou un dessein particuliers. En même temps, cependant, il faut dire au jury qu'il ne saurait simplement conclure que l'accusé a une propension générale au mal, qui permet de déduire qu'il a commis l'infraction précise qu'on lui reproche: *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, précité.

^g

^h

ⁱ

Au procès conjoint de coaccusés, la confession d'un accusé n'est admissible que contre lui et on doit dire aux jurés qu'ils ne peuvent prendre cette preuve en considération pour déterminer la culpabilité d'un coaccusé. Voir, par exemple, *Schmidt v. The King*, [1945] R.C.S. 438, à la p. 439, *R. v. Rudd* (1948), 32 Cr. App. R. 138 (C.C.A.), et *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (S.C. Ont.), où le juge Addy affirme, à la p. 279:

^j

I feel that it is quite possible, as has been done in many cases in the past, to explain clearly to the jury, in such a way that they will govern themselves in accordance with the directions of the Judge, that the confession of one accused in a joint trial is not evidence against his co-accused. The danger of a miscarriage of justice clearly exists and must be taken into account but, on the other hand, I do not feel that, in deciding a question of this kind, one must proceed on the assumption that jurors are morons, completely devoid of intelligence and totally incapable of understanding a rule of evidence of this type or of acting in accordance with it. If such were the case there would be no justification at all for the existence of juries, and what has been regarded for centuries as a bulwark of our democratic system and a guarantee of our basic freedoms under the law would in fact be nothing less than a delusion.

Proof of a prior inconsistent statement by a witness is only relevant to the credibility of the witness and not as proof of the facts given in the prior statement and the jury must be so told: *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, at p. 278, per McIntyre J.

If risk that the jury might misuse evidence were enough to render such evidence inadmissible in all cases, then in each of the situations just identified, the evidence would have to be excluded. Yet the risk of error inherent in depriving the jury of such information is so strong that the balance is struck by allowing the evidence to be received, subject to the trial judge's discretion, but at the same time insisting on a careful direction from the trial judge as to the permissible conclusion or inferences which may be drawn. As it was put in an American decision (*State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (Wash. Ct. App. 1982), at p. 731, per Durham J.), "If we are to continue in our belief that a trial by a jury of 12 peers offers the fairest determination of guilt or innocence, then we must credit the jury with the intelligence and conscience to consider evidence of prior convictions only to impeach the credibility of the defendant if it is so instructed." Similarly, in *State v. Ruzicka*, *supra*, at p. 1214, Hamilton J. stated: "We are not convinced that juries either cannot or willfully do not follow the court's instructions to use evidence of a defend-

[TRADUCTION] À mon sens, il est tout à fait possible, comme on l'a souvent fait dans le passé, d'expliquer clairement aux jurés, de telle manière qu'ils agissent en conformité avec les directives du juge, que la confession d'un des accusés dans un procès conjoint n'est pas un élément de preuve pouvant être retenu contre un coaccusé. Il y a évidemment un danger réel de déni de justice, ce qui doit être pris en considération mais, d'un autre côté, je ne crois pas qu'en tranchant une question de ce genre, on doit supposer que les jurés sont des crétins, tout à fait dénués d'intelligence et totalement incapables de comprendre une règle de preuve de ce type ou de la suivre. S'il en était ainsi, les jurys n'auraient aucune raison d'être et ce qui a été considéré depuis des siècles comme un bastion de notre système démocratique et une garantie de nos libertés fondamentales se révélerait purement illusoire.

La preuve d'une déclaration antérieure incompatible faite par un témoin n'est pertinente que relativement à la crédibilité de ce témoin et ne constitue nullement une preuve des faits exposés dans ladite déclaration antérieure, et le jury doit être prévenu de cela: *Deacon v. The King*, [1947] R.C.S. 531, *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, à la p. 278, le juge McIntyre.

Si le risque que le jury fasse mauvais usage de certains éléments de preuve suffisait pour les rendre inadmissibles dans tous les cas, alors l'exclusion serait obligatoire dans chacun des cas qui viennent d'être mentionnés. Pourtant, le risque d'erreur est tellement grand lorsque le jury est privé de ces renseignements qu'on assure l'équilibre entre les parties en permettant la réception des éléments de preuve en question, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès; mais on tient en même temps à ce que le juge du procès prenne soin de donner des directives concernant les conclusions qui peuvent en être tirées. Comme on l'a dit dans une décision américaine (*State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (Wash. Ct. App. 1982), à la p. 731, le juge Durham): [TRADUCTION] «Si nous voulons maintenir notre conviction que c'est le procès avec un jury composé de douze pairs qui permet de déterminer de la manière la plus équitable la culpabilité ou l'innocence, alors il faut reconnaître aux jurés suffisamment d'intelligence et de conscience pour ne tenir compte de la preuve de condamnations antérieures

ant's prior criminal record only in weighing the defendant's veracity on the witness stand."

It is worth noting as well that it would be quite wrong to view this aspect of s. 12 and evidence in relation to prior convictions in isolation. Judicial decisions have carefully circumscribed the extent to which the Crown may use prior convictions. It has been held, for example, that the accused may be examined only as to the fact of the conviction itself and not concerning the conduct which led to that conviction: *R. v. Stratton, supra*, at p. 467; *R. v. Laurier* (1983), 1 O.A.C. 128; *Koufis v. The King, supra*. Similarly, it has been held that an accused cannot be cross-examined as to whether he testified on the prior occasion when convicted in order to show that he is one who was not believed by a jury on a previous occasion: *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (Man. C.A.) The Crown is not entitled to go beyond prior convictions to cross-examine an accused as to discreditable conduct or association with disreputable individuals to attack his credibility: *R. v. Waite* (1980), 57 C.C.C. (2d) 34 (N.S.S.C. App. Div.), at pp. 45-46; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur, supra*, at p. 444; *R. v. MacDonald* (1939), 72 C.C.C. 182 (Ont. C.A.), at p. 197. Unless the accused takes the stand, the Crown is not permitted to adduce evidence of prior convictions, even if the accused has launched an attack on the character of Crown witnesses: *R. v. Butterwasser*, [1948] 1 K.B. 4 (C.C.A.) It has been held that an accused may be cross-examined only as to "convictions" strictly construed and that there can be no cross-examination where the accused was found guilty and granted a conditional discharge, conditions

que relativement à la crédibilité du défendeur s'ils reçoivent des directives en ce sens.» De même, dans la décision *State v. Ruzicka*, précitée, à la p. 1214, le juge Hamilton a affirmé: [TRADUCTION] «Nous ne sommes pas convaincus que les jurys ne peuvent suivre ou refusent délibérément de suivre les directives de la cour lorsque celle-ci leur enjoint de ne se servir de la preuve du casier judiciaire d'un défendeur que pour apprécier sa véracité lorsqu'il témoigne.»

Il convient également de faire remarquer qu'on aurait bien tort de considérer isolément cet aspect de l'art. 12 et la preuve relative aux condamnations antérieures. La jurisprudence a soigneusement délimité l'usage que le ministère public peut faire de condamnations antérieures. On a conclu, par exemple, que l'accusé ne peut être interrogé que sur le fait de la condamnation elle-même et non pas sur la conduite qui a amené cette condamnation: *R. v. Stratton*, précité, à la p. 467; *R. v. Laurier* (1983), 1 O.A.C. 128; *Koufis v. The King*, précité. Dans le même ordre d'idées, il a été conclu qu'on ne saurait, dans le but de démontrer que son témoignage a déjà été rejeté par un jury, demander à un accusé au cours du contre-interrogatoire s'il a témoigné à l'occasion antérieure où il a été déclaré coupable: *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (C.A. Man.) Par ailleurs, le ministère public, en attaquant la crédibilité de l'accusé, n'a pas le droit d'aller au-delà de ses condamnations antérieures et de le contre-interroger sur toute conduite déshonorante qu'il a pu avoir ou sur sa fréquentation d'individus louches: *R. v. Waite* (1980), 57 C.C.C. (2d) 34 (C.S.N.-É., Div. App.), aux pp. 45 et 46; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur*, précité, à la p. 444; *R. v. MacDonald* (1939), 72 C.C.C. 182 (C.A. Ont.), à la p. 197. À moins que l'accusé ne témoigne lui-même, il est interdit au ministère public de produire une preuve de ses condamnations antérieures, même si l'accusé a mis en doute la bonne moralité de certains témoins à charge: *R. v. Butterwasser*, [1948] 1 K.B. 4 (C.C.A.) Il a été décidé en outre qu'un accusé ne peut être contre-interrogé que relativement à ses «condamnations» au sens strict et qu'aucun contre-interrogatoire n'est possible lorsque l'accusé, après avoir été reconnu coupable, s'est vu accorder une libération conditionnelle et qu'il a

subsequently having been fulfilled: *R. v. Danson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.)

These limitations on the use of prior convictions, together with the discretion recognized by the reasons of La Forest J., demonstrate a marked solicitude for the right of the accused to a fair trial and indicate that the law relating to the use of prior convictions strives to avoid the risk of prejudicing an accused's trial by introduction of evidence of prior misdeeds. Taken as a whole, this body of law is entirely protective of the right of the accused not to be convicted except on evidence directly relevant to the charge in question. Within this context, it cannot be said that s. 12 of the *Canada Evidence Act* operates in such a way as to deprive the accused of the right to a fair trial.

VII

Does a Trial Judge have the Discretion to Preclude Cross-examinations as to Prior Convictions?

I agree with my colleague, La Forest J., that basic principles of the law of evidence embody an inclusionary policy which would permit into evidence everything logically probative of some fact in issue, subject to the recognized rules of exclusion and exceptions thereto. Thereafter the question is one of weight. The evidence may carry much weight, little weight, or no weight at all. If error is to be made it should be on the side of inclusion rather than exclusion and our efforts in my opinion, consistent with the ever-increasing openness of our society, should be toward admissibility unless a very clear ground of policy or law dictates exclusion.

I agree with La Forest J. that the trial judge has a discretion to exclude prejudicial evidence of previous convictions in an appropriate case.

par la suite rempli les conditions de cette libération: *R. v. Danson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.)

Ces restrictions imposées à l'usage des condamnations antérieures, conjuguées avec le pouvoir discrétionnaire reconnu dans les motifs du juge La Forest, traduisent une vive préoccupation pour le droit de l'accusé à un procès équitable et révèlent que le droit régissant l'usage des condamnations antérieures vise autant que possible à écarter le risque que le procès d'un accusé soit compromis par la production d'une preuve de ses méfaits antérieurs. Dans l'ensemble, le droit dans ce domaine protège sans réserve le droit d'un accusé de n'être déclaré coupable que sur la foi d'une preuve se rapportant directement à l'accusation en cause. Dans ce contexte, on ne saurait prétendre que l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* a pour effet de priver l'accusé du droit à un procès équitable.

VII

Le juge du procès a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'interdire les contre-interrogatoires relatifs aux condamnations antérieures?

Je suis d'accord avec mon collègue le juge La Forest pour dire que les règles fondamentales du droit de la preuve comportent un principe d'inclusion en vertu duquel il est permis de produire en preuve tout ce qui sert logiquement à prouver un fait en litige, sous réserve des règles d'exclusion reconnues et des exceptions à celles-ci. Pour le reste, c'est une question de valeur probante. La valeur probante d'un élément de preuve peut être forte, faible ou nulle. En cas de doute, il vaut mieux pécher par inclusion que par exclusion et, à mon avis, conformément à la transparence de plus en plus grande de notre société, nous devrions nous efforcer de favoriser l'admissibilité, à moins qu'il n'existe une raison très claire de politique générale ou de droit qui commande l'exclusion.

Je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter, lorsque cela est indiqué, une preuve préjudiciable de condamnations antérieures.

However, I respectfully disagree with my colleague La Forest J. that this discretion should have been exercised in favour of the appellant in the circumstances of the present case. In his reasons, La Forest J. provides a useful catalogue of factors to which reference may be had in determining how this discretion is to be exercised. In my view, however, my colleague gives too little weight to the fact that in this case, the accused appellant made a deliberate attack on the credibility of Crown witnesses, largely based upon their prior records. The issue for the jury was solely that of credibility. As La Forest J. observes, this evidence would not have been excluded under the more comprehensive scheme of the governing English statute. In my view, excluding evidence of Corbett's prior criminal record would have created a serious imbalance. Had Corbett's record been excluded, the jury, as I have earlier indicated, would have been left with the entirely mistaken impression that while the Crown witnesses were hardened criminals, Corbett had an unblemished record. The problem could not be solved, in my view, by admitting into evidence all the convictions, save that for murder. Apart from the murder conviction in 1971, the earlier convictions dated back over thirty years to 1954. I am not all persuaded that the imbalance between the Crown and accused would have been avoided by admitting only evidence of convictions for offences committed in the accused's youth. It is my view, therefore, that the jury would have been misled rather than aided by the exclusion of the evidence, and that in the circumstances it cannot be said that admission of the evidence was unfairly prejudicial.

IX

Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the manner following:

Question 1 Section 12(1) of the *Canada Evidence Act* is not inconsistent with s. 11(d) of

En toute déférence, je ne suis cependant pas d'accord avec lui pour dire que ce pouvoir discrétionnaire aurait dû être exercé en faveur de l'appellant dans les circonstances de la présente affaire. Dans ses motifs, le juge La Forest dresse une liste utile des facteurs dont on peut tenir compte en déterminant comment ce pouvoir discrétionnaire doit s'exercer. Selon moi, toutefois, mon collègue n'accorde pas assez de poids au fait qu'en l'espèce l'accusé appellant a délibérément attaqué la crédibilité des témoins à charge, en se fondant principalement sur leurs casiers judiciaires. La question à trancher par le jury était uniquement celle de la crédibilité. Comme le fait remarquer le juge La Forest, la preuve en cause n'aurait pas été exclue sous le régime de portée plus large établi par la loi anglaise dans ce domaine. À mon avis, l'exclusion de la preuve des antécédents criminels de Corbett aurait créé un grave déséquilibre. Si son casier judiciaire avait été exclu, le jury, comme je l'ai déjà indiqué, aurait eu l'impression tout à fait erronée que les témoins à charge étaient des criminels endurcis tandis que Corbett avait un passé sans reproche. Ce problème ne pouvait, selon moi, être résolu par l'admission en preuve de toutes les condamnations sauf celle pour meurtre. Abstraction faite de la condamnation pour meurtre en 1971, les condamnations antérieures remontaient à 1954, soit une trentaine d'années auparavant. Or, je ne suis pas du tout convaincu que le déséquilibre entre le ministère public et l'accusé aurait été évité si on avait admis en preuve seulement les condamnations pour des infractions commises par l'accusé pendant sa jeunesse. J'estime donc que l'exclusion de cette preuve, loin d'aider le jury, l'aurait induit en erreur et que, dans les circonstances, on ne saurait affirmer que son admission a préjudicié injustement à l'accusé.

IX

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Question 1 Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas incompati-

the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Question 2 In light of the answer to question 1, question 2 need not be answered.

The following are the reasons delivered by
BEETZ J.—I concur with the Chief Justice.

However, I wish to add the following observation.

In my view, s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, would not conform with ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* unless it be construed as leaving room for the trial judge's discretion to disallow the cross-examination of an accused as to prior convictions if the convictions are of tenuous probative value in assessing credibility and their disclosure would be highly prejudicial to the accused.

The reasons of McIntyre and Le Dain JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleagues, Dickson C.J. and La Forest J. I am in agreement with the result which has been proposed by the Chief Justice and in general agreement with his reasons, subject to the qualification which follows. I do not agree that a trial judge has a discretion, in the face of the clear words of s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, to exclude questions by Crown counsel as to past criminal convictions of an accused who gives evidence at his trial.

Both the Chief Justice and La Forest J. found that s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* does not offend s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with this conclusion. While the Chief Justice agreed with La Forest J. that there is "a discretion to exclude prejudicial evidence of previous convictions in an appropriate case", his finding that s. 12(1) does not infringe

ble avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Question 2 Compte tenu de la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Je souscris à l'opinion du Juge en chef.

Je désire toutefois ajouter le commentaire suivant.

À mon avis, le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, ne serait pas compatible avec l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à moins qu'on ne l'interprète comme accordant au juge du procès la discrétion de refuser le contre-interrogatoire d'un accusé au sujet de ses condamnations antérieures, si ces condamnations sont d'une valeur probante tenue dans l'évaluation de la crédibilité du témoignage et si leur dévoilement est hautement préjudiciable à l'accusé.

Version française des motifs des juges McIntyre et Le Dain rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mes collègues, le juge en chef Dickson et le juge La Forest. Sous réserve de ce qui suit, je souscris à la conclusion proposée par le Juge en chef et je souscris globalement à ses motifs. Je ne suis pas d'accord pour dire que, compte tenu du texte clair de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter les questions posées par le ministère public sur les condamnations antérieures d'un accusé qui témoigne à son procès.

Tant le Juge en chef que le juge La Forest ont conclu que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je suis d'accord avec cette conclusion. Quoique le Juge en chef soit d'accord avec le juge La Forest pour dire que «le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter, lorsque cela est indiqué, une preuve préjudicia-

the *Charter* guarantee in s. 11(d) is abundantly supported in his reasons independently of the existence of such a discretion and on that basis I adopt them.

There is no reference in the terms of s. 12(1), or any part of the *Canada Evidence Act*, which would relate to s. 12, to a judicial discretion to relieve against the application of that section. Neither subs. (1) nor subs. (2) of s. 12 contains any mention of a judicial discretion in its application and, indeed, specific permission to put such questions, coupled with specific power to prove the fact of past convictions in the event of denial, would clearly override any such discretion if it had existed. The only support for the existence of such a discretion in the jurisprudence of this Court is found in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, which recognizes a discretion to exclude otherwise admissible evidence where it would operate unfairly to the accused, and which is of little probative value but of serious prejudicial effect. The doctrine of parliamentary supremacy leaves no room, in the absence of a *Charter* infringement, for unauthorized judicial intervention in such a case, and there is no doctrine known to the law which affords a court the authority to elevate a general common law discretionary power to the level of an amendment to a specific and clear provision, such as s. 12 of the *Canada Evidence Act*, which gives unequivocal permission to Crown counsel to put the questions and gives no power to a trial judge to exclude them: see *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (Ont. C.A.)

Whatever discretion may have existed to permit a trial judge to exclude admissible evidence at common law, on no basis of authority or principle could such a discretion have empowered a court to exclude questions to a witness as to past convictions in the face of the clear words of s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*, a legislative provision specifically found not to be inconsistent with the *Charter*. To admit such a discretion would be

ble de condamnations antérieures», sa conclusion portant que le par. 12(1) ne viole pas le droit garanti par la *Charte* à l'al. 11d) est largement appuyée par ses motifs indépendamment de l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire et, sur ce fondement, je les adopte.

Rien au par. 12(1), ni d'ailleurs dans d'autres parties de la *Loi sur la preuve au Canada* qui pourraient se rapporter à l'art. 12, ne mentionne de pouvoir judiciaire discrétionnaire permettant d'écarter l'application de cet article. Ni le par. (1), ni le par. (2) de l'art. 12 ne mentionnent que leur application respective peut dépendre d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire et, de fait, la permission précise de poser ces questions, jointe au pouvoir précis de prouver l'existence des condamnations antérieures si l'accusé les nie, contribuerait clairement à l'élimination d'un tel pouvoir s'il a jamais existé. Le seul appui que la jurisprudence de cette Cour donne à l'existence d'un tel pouvoir se trouve dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, qui reconnaît le pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve par ailleurs recevable s'il est inéquitable envers l'accusé de l'admettre et si sa valeur probante est faible, mais qu'elle a un effet fortement préjudiciable. La doctrine de la suprématie du Parlement ne permet pas, en l'absence d'une violation de la *Charte*, une intervention judiciaire non autorisée en pareil cas et aucun principe juridique connu n'accorde à un tribunal le pouvoir ou la compétence de faire passer un pouvoir discrétionnaire général de *common law* au rang de modification d'une disposition précise et claire comme l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui donne la permission sans équivoque au substitut de poser des questions et n'accorde aucun pouvoir au juge du procès de les exclure: voir *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (C.A. Ont.)

Quel que soit le pouvoir discrétionnaire qui a pu permettre aux juges du procès d'exclure des éléments de preuve admissibles en *common law*, rien dans la jurisprudence ou dans les principes ne permet de conclure qu'un tribunal pouvait, en vertu de ce pouvoir discrétionnaire, interdire que soient posées à un témoin des questions concernant ses condamnations antérieures, compte tenu du texte clair du par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au*

tantamount to holding that Parliament could not by clear legislative enactment alter the common law. I would dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—The appellant, Lawrence Wilburn Corbett, seeks to have his conviction of second degree murder of one Réal Pinsonneault set aside. The principal ground of appeal is that evidence of a highly prejudicial previous conviction of non-capital murder should not have been admitted into evidence.

Section 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended, permits the admission into evidence of the fact of a witness' previous convictions; such evidence is thought to be relevant to a witness' credibility. However, the appellant contends that s. 12, certainly as it has thus far been interpreted, is inconsistent with ss. 11(d) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that s. 12 applies to a person charged with an offence. Under section 11(d), a person is "to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal" (emphasis added). Again section 7 accords everyone "the right to . . . liberty . . . and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". These provisions, the appellant asserts, guarantee him a fair trial free from prejudice.

As noted the alleged unfairness specifically addressed on behalf of the appellant was the admission into evidence of the fact of his conviction of non-capital murder which, on the prevailing interpretation of s. 12 originally adopted in *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (Ont. C.A.), the trial judge had no discretion to exclude. The conceptual underpinnings of *Stratton*, the argument continued, were removed by the *Charter* and

Canada, une disposition qui a été expressément jugée compatible avec la *Charte*. Admettre l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire reviendrait à dire que le Parlement ne saurait par un texte législatif explicite modifier la *common law*. Je suis d'avis de trancher le pourvoi comme le propose le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—L'appellant, Lawrence Wilburn Corbett, demande l'annulation du verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré rendu contre lui relativement à la mort d'un nommé Réal Pinsonneault. Le moyen principal invoqué par l'appellant est qu'une preuve fortement préjudiciable d'une condamnation antérieure pour meurtre non qualifié n'aurait pas dû être admise.

L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10 et ses modifications, autorise l'admission en preuve des condamnations antérieures d'un témoin; cette preuve est considérée comme pertinente quant à la question de la crédibilité de ce dernier. L'appellant prétend cependant que l'art. 12, si l'on s'en tient à l'interprétation qu'il a reçue jusqu'à présent, est incompatible avec l'al. 11d) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il s'applique à un inculpé. Aux termes de l'al. 11d), chacun a le droit «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable» (je souligne). Pour ce qui est de l'art. 7, il dispose que chacun a «droit [...] à la liberté [...]» et qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Ces dispositions, affirme l'appellant, lui garantissent un procès équitable exempt de tout préjugé.

Comme nous l'avons déjà fait observer, l'inéquité dont on se plaint expressément pour le compte de l'appellant est l'admission en preuve de sa déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié, que, selon l'interprétation courante de l'art. 12 initialement adoptée dans l'arrêt *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (C.A. Ont.), le juge du procès n'avait aucun pouvoir discrétionnaire d'exclure. La *Charte*, poursuit-on, est venue dépouiller

so s. 12 was rendered of no force or effect by the *Charter*, or, at the very least, should now be so read as to import a discretion in the trial judge to exclude evidence, with the result that the previous conviction of non-capital murder, should in the present case not have been disclosed to the jury. This exclusion, he argued, was necessary to ensure the appellant of his right accorded by the *Charter* to a fair trial by an impartial tribunal, or as his counsel put it, "free from prejudice".

Since I have concluded, independently of the *Charter*, that s. 12 of the *Canada Evidence Act* should not be read as denying a trial judge the discretion he had at common law to exclude certain prejudicial evidence, the *Charter* arguments lose much of their cogency. I shall, therefore, largely concentrate on the existence and extent of the trial judge's discretion respecting evidence submitted pursuant to s. 12, although I shall have something to say of the effect of the *Charter* on that provision as I have interpreted it.

The Facts and the Trial

There are many disputed facts in this case, but the essentials may be stated as follows. The appellant was indicted on January 24, 1983 of first degree murder in respect of the death of Réal Pinsonneault, an associate of his in the drug trade, who was shot and killed on December 2, 1982, in Vancouver, British Columbia. At the time of Pinsonneault's death, the appellant was on parole from a sentence of life imprisonment for non-capital murder, of which he had been convicted in 1971.

The appellant was then living in Victoria, British Columbia with his girlfriend Colleen Allan. Under the terms of his parole, he was not to leave the immediate area of Victoria without permission. However, without obtaining such permission, he and Allan went to Vancouver on the afternoon of

l'arrêt *Stratton* de son fondement conceptuel et a donc rendu inopérant l'art. 12 ou, à tout le moins, celui-ci devrait maintenant s'interpréter comme conférant au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'exclure des éléments de preuve, ce qui fait que la condamnation antérieure pour meurtre non qualifié n'aurait pas dû en l'espèce être révélée au jury. Cette exclusion, a-t-on soutenu, était nécessaire si on voulait assurer à l'appelant le bénéfice de son droit, conféré par la *Charte*, à un procès équitable devant un tribunal impartial ou, comme l'a dit son avocat, à un procès [TRADUCTION] «exempt de tout préjugé».

Puisque j'ai conclu, indépendamment de la *Charte*, que l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne doit pas être interprété de manière à retirer au juge du procès le pouvoir discrétionnaire qu'il avait en *common law* d'exclure certains éléments de preuve préjudiciables, les arguments fondés sur la *Charte* perdent beaucoup de leur force. Je vais donc me concentrer principalement sur les questions de l'existence et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès relativement à la preuve produite conformément à l'art. 12, mais je dirai néanmoins un mot concernant l'effet de la *Charte* sur cette disposition telle que je l'ai interprétée.

Les faits et le procès

Bien qu'un grand nombre de faits soient contestés en l'espèce, les points essentiels peuvent être exposés ainsi. L'appelant a été formellement accusé, le 24 janvier 1983, de meurtre au premier degré relativement au décès de Réal Pinsonneault, qui faisait avec lui le trafic de stupéfiants et qui avait été abattu le 2 décembre 1982 à Vancouver (Colombie-Britannique). Au moment de la mort de Pinsonneault, l'appelant était en liberté conditionnelle après avoir été condamné en 1971 à une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre non qualifié.

L'appelant vivait alors à Victoria (Colombie-Britannique) avec son amie Colleen Allan. Suivant les modalités de sa libération conditionnelle, il ne devait pas quitter sans autorisation les environs immédiats de Victoria. Toutefois, au cours de l'après-midi du 1^{er} décembre 1982, sans avoir

December 1, 1982 and registered at the Sands Motor Hotel under an assumed name. His explanation for this was that they had decided to go shopping on short notice and he had "some problems here". He used an assumed name, he said, because he had not obtained permission to leave Victoria.

After a dinner in the motel restaurant and much drinking, the two, it would appear, returned to their room where they engaged in a noisy and prolonged argument during the course of which Mrs. Allan's eye was injured. At 12:30 a.m. the desk clerk telephoned their room complaining about the noise. One of the occupants of an adjoining room testified that he had heard a man and woman having a loud argument. He then heard a noise which he assumed to be a woman leaving the room, running towards the elevator and then returning to the room. A few minutes later, he assumed the man had left the room because he heard the woman calling him to return.

The appellant testified that following the quarrel, they finally went to bed, but he could not sleep and he finally got up, shortly before 3 a.m., and went to his car in the parking lot to get cigarettes and liquor. During his examination-in-chief, he said the clerk had let him out and let him in the hotel, but during cross-examination he seemed to suggest that he had left by a fire exit door but re-entered by the front door when the clerk let him in. The clerk testified that he had locked the door but it was possible for anyone to leave through the various fire exit doors. He further testified that he had let the appellant in the front door at about 3 a.m.

We come now to the critical evidence for the Crown, that of Michèle Marcoux (Mrs. Smith) and Gilles Bergeron. The victim, Réal Pinsonneault, and Marcoux lived in an apartment at 1355 Bute Street in Vancouver, several blocks from the Sands Motor Hotel. Gilles Bergeron lived

obtenu la permission requise, il s'est rendu avec Allan à Vancouver où il s'est inscrit au Sands Motor Hotel sous un nom d'emprunt. Il a expliqué cette situation en disant qu'ils avaient décidé à l'improviste d'aller faire des emplettes et qu'il avait eu [TRADUCTION] «des problèmes ici». S'il s'est servi d'un nom d'emprunt, a-t-il dit, c'est parce qu'il n'avait pas obtenu la permission de quitter Victoria.

Après avoir dîné au restaurant du motel et avoir bu copieusement, ils ont tous les deux, semble-t-il, regagné leur chambre où une dispute bruyante a éclaté et s'est prolongée, au cours de laquelle M^{me} Allan a été blessée à l'œil. À minuit et demi, le réceptionniste leur a téléphoné pour se plaindre du vacarme. L'un des occupants d'une chambre attenante a témoigné avoir entendu un homme et une femme qui se querellaient à voix haute. Il a entendu ensuite ce qu'il a pris pour les pas d'une femme qui est sortie de la chambre, a couru vers l'ascenseur, puis est retournée à la chambre. Quelques minutes plus tard, il a entendu la femme demander à l'homme de revenir et en a déduit que celui-ci avait quitté la chambre.

L'appelant a témoigné qu'après la dispute ils ont fini par se coucher, mais qu'il ne pouvait pas dormir et que, finalement, il s'est levé un peu avant 3 h pour aller chercher des cigarettes et de la boisson alcoolisée dans sa voiture qui se trouvait dans le stationnement. Au cours de son interrogatoire principal, il a dit que le réceptionniste l'avait laissé sortir de l'hôtel et l'avait fait rentrer, mais en contre-interrogatoire il a semblé laisser entendre qu'il avait emprunté une sortie de secours, puis était rentré par la porte principale que le réceptionniste lui avait ouverte. Ce dernier a témoigné qu'il avait fermé la porte à clé, mais qu'il était possible à n'importe qui de quitter les lieux par les différentes sorties de secours. Il a ajouté qu'il avait laissé rentrer l'appelant par la porte principale vers 3 h.

Cela nous amène aux témoignages, critiques pour le ministère public, de Michèle Marcoux (M^{me} Smith) et de Gilles Bergeron. La victime, Réal Pinsonneault, et Marcoux habitaient un appartement situé au 1355, rue Bute à Vancouver, à quelques rues du Sands Motor Hotel. Gilles

with them. Like Pinsonneault, Bergeron had a serious criminal record; Marcoux also had a criminal record, though it was less serious. Both admitted to these at trial.

At trial, Marcoux testified as follows. At about 1:30 a.m. on December 2, 1982, Allan, whom she knew from her association with the appellant, came to their apartment. A few minutes later, Bergeron arrived home. Shortly afterwards, the doorbell rang. Pinsonneault answered it and let the appellant into the apartment. The appellant told Pinsonneault and Bergeron to sit down as he had to speak to them. He sounded angry. When Pinsonneault objected, the appellant took out a gun without warning and fired several shots, killing Pinsonneault instantly and wounding Bergeron. Marcoux escaped from the apartment. Bergeron's testimony substantially corroborated that of Marcoux.

Both these witnesses had, however, originally given a different account of the facts. A few minutes after the shooting, Marcoux had hysterically told a police officer that a woman, whom she did not identify, had come to the apartment and that shortly thereafter a man had entered the apartment and had shot Pinsonneault and Bergeron. Her description of the assailant did not conform to that of the appellant. It was not until 6:30 a.m. that she gave a statement to the police that was consistent with her testimony at trial. Neither of the officers to whom she was said to have made this statement was called by the Crown to testify.

As for Bergeron, he had on a number of occasions during interviews by several police officers on December 2 and 3, reiterated that he had not seen "anything" but the flash of a gun. Nor did he on any of these occasions identify the man who had done the shooting, although he knew the appellant. At trial, Bergeron testified that he had lied on these occasions but that, at 5:13 p.m., on December 7, 1982 — some five days after the event — he had given a truthful version of his story to an

Bergeron demeurait avec eux. À l'instar de Pinsonneault, il avait un lourd casier judiciaire; Marcoux avait elle aussi un casier judiciaire qui était toutefois moins chargé. Les deux ont reconnu ces faits au procès.

Au procès, Marcoux a donné le témoignage suivant. Vers 1 h 30, le 2 décembre 1982, Allan, qu'elle connaissait en raison de ses relations avec l'appellant, s'est présentée à son appartement. Quelques minutes plus tard, Bergeron est arrivé. Peu après, on a sonné à la porte. Pinsonneault a répondu et a fait entrer l'appellant dans l'appartement. L'appellant a dit à Pinsonneault et à Bergeron de s'asseoir parce qu'il avait quelque chose à leur dire. Il semblait en colère. Quand Pinsonneault a protesté, l'appellant a sorti sans avertissement une arme à feu et a tiré plusieurs coups, tuant Pinsonneault instantanément et blessant Bergeron. Marcoux s'est enfuie de l'appartement. Le témoignage de Bergeron corrobore essentiellement celui de Marcoux.

Toutefois, ces deux témoins avaient au départ donné une version différente des faits. Quelques minutes après les coups de feu, Marcoux, en pleine crise d'hystérie, a dit à un policier qu'une femme, qu'elle n'a pas identifiée, était arrivée à l'appartement et que, peu après, un homme y était entré et avait tiré sur Pinsonneault et Bergeron. Sa description de l'assaillant ne correspondait pas au signalement de l'appellant. Ce n'est qu'à 6 h 30 qu'elle a fait à la police une déclaration concordante avec son témoignage au procès. Ni l'un ni l'autre des policiers auxquels on a dit que cette déclaration avait été faite n'ont été cités comme témoin à charge.

Quant à Bergeron, il avait à plusieurs reprises, au cours d'interrogatoires menés par plusieurs policiers les 2 et 3 décembre, répété qu'il n'avait [TRADUCTION] «rien» vu, si ce n'était que la flamme jaillir d'une arme à feu. Il n'a pas non plus à ces occasions identifié celui qui avait tiré, bien qu'il connût l'appellant. Au cours du procès, Bergeron a témoigné qu'il avait menti aux occasions en question mais que, à 17 h 13 le 7 décembre 1982, soit environ cinq jours après l'incident, il avait dit la vérité en donnant sa version des événements à un policier qui, tout comme dans le cas de Mar-

officer who, as in the case of Marcoux, was not called by the Crown.

There was some further evidence of what transpired at 1355 Bute Street, but it was both limited and inconclusive. A resident of an adjoining house testified that he had been awakened by the creaking noise of a gate giving access to 1355 Bute Street in the morning hours of December 2 and shortly afterwards heard sounds — obviously the gunshots. He then saw a man and woman leaving 1355 Bute, but he could not identify them beyond saying that the man wore a light coloured jacket, and the woman, jeans and a maroon ski jacket. However, as the judge in reviewing the evidence reminded the jury, the clothing the woman was said to have been wearing did not appear to match those worn by Allan that night.

The Crown had called Colleen Allan as a witness at the preliminary hearing but did not examine her in chief at the trial, calling her only to afford defence counsel the opportunity to cross-examine her. At the preliminary hearing, Mrs. Allan had given an account of the events that generally supported that of the appellant and, among other matters, stated that neither of them had left the hotel during the evening or the early hours of December 2. At the trial, defence counsel confined his cross-examination almost entirely to Allan's testimony at the preliminary hearing. However, Allan then testified that while many of her answers at the preliminary hearing were true, many were not, including her answers that neither she nor the appellant had left the hotel that evening, that she had never been at 1355 Bute Street and that she had not seen the shooting of Pinsonneault.

Besides admitting that she had lied at the preliminary hearing, Allan also acknowledged that she was presently charged with trafficking in cocaine as well as with importing narcotics into Canada. In his charge to the jury respecting her testimony, the trial judge, Callaghan J., stated:

coux, n'a pas été cité lui non plus comme témoin à charge.

Il y a eu une autre déposition portant sur ce qui s'est produit au 1355, rue Bute, mais cette déposition s'est révélée à la fois sommaire et non concluante. Il s'agit du témoignage d'une personne habitant une maison voisine, qui a affirmé qu'elle avait été réveillée, aux petites heures du matin le 2 décembre, par le grincement d'une barrière qui donnait accès au 1355, rue Bute, et que peu de temps après, elle avait entendu des bruits, de toute évidence, des coups de feu. Puis cette personne a vu un homme et une femme quitter le 1355, rue Bute, mais tout ce qu'elle a pu dire pour les identifier était que l'homme portait une veste de couleur pâle et la femme un jean et une veste de ski marron. Toutefois, comme le juge l'a rappelé au jury en passant en revue la preuve, la description des vêtements de la femme ne semblait pas correspondre à ce que portait Allan cette nuit-là.

Le ministère public avait cité Colleen Allan comme témoin à l'enquête préliminaire, mais il ne lui a pas fait subir d'interrogatoire principal au procès où elle a été citée seulement pour permettre à l'avocat de la défense de la contre-interroger. À l'enquête préliminaire, M^{me} Allan avait fait un récit des événements qui étayait généralement celui de l'appelant. Elle avait affirmé notamment que ni lui ni elle n'avaient quitté l'hôtel au cours de la nuit du 1^{er} au 2 décembre. Au procès, le contre-interrogatoire de l'avocat de la défense a porté presque exclusivement sur la déposition qu'avait faite Allan à l'enquête préliminaire. Allan a toutefois témoigné que beaucoup des réponses qu'elle avait données à l'enquête préliminaire étaient véridiques mais qu'un bon nombre ne l'étaient pas, y compris celles portant que ni elle ni l'appelant n'avaient quitté l'hôtel pendant la nuit en question, qu'elle n'était jamais allée au 1355, rue Bute, et qu'elle n'avait pas été témoin de l'assassinat de Pinsonneault.

En plus d'avouer qu'elle avait menti à l'enquête préliminaire, Allan a également reconnu qu'au moment où elle parlait elle était sous le coup d'une accusation d'avoir fait le trafic de cocaïne et aussi d'avoir importé des stupéfiants au Canada. Dans son exposé au jury concernant le témoignage d'Allan, le juge Callaghan a dit:

She acknowledged that, if found guilty of importing, she could be sentenced to a minimum of seven years in the penitentiary. She expressed the opinion to Defence Counsel that she did not think the police would charge her with perjury as a result of the evidence that she gave at this hearing. The inference drawn by Defence Counsel from that evidence is that if she cooperates with the authorities now, the authorities may very well go easier with her.

The appellant's defence, as we saw, was essentially one of alibi but he also sought to establish an absence of motive for the crime by attempting to establish that his relationship with Pinsonneault and Bergeron was one of "banker" in drug transactions and that Pinsonneault owed him some \$30,000. He said he had made arrangements to see Pinsonneault but had not gone to Bute Street in the early hours of December 2 and had not killed Pinsonneault.

It will be obvious from the foregoing recitation that credibility is a crucial factor in this case, one not made simpler by the unsavoury character of the principal witnesses and of the appellant. Defence counsel sought to make use of this factor in dealing with the Crown's case. In his address to the jury, he described Marcoux and Bergeron as "unmitigated liars" and said that the jury should give no credence to their testimony. He also suggested that the jury should carefully consider whether to give any effect to Allan's testimony as she was a self-confessed perjurer and was also facing at least two drug charges.

However, the appellant's character also raised problems for the defence. Since defence counsel intended to have the appellant testify, he sought at the conclusion of the case for the Crown to prevent the Crown cross-examining the appellant on his previous record under s. 12 of the *Canada Evidence Act* by submitting that to permit this would contravene the *Charter*. Permitting cross-examination of previous convictions of an accused, as opposed to an ordinary witness, was highly prejudicial. In particular, counsel maintained that to permit cross-examination and proof of the appel-

[TRADUCTION] Elle reconnaît que, si elle est déclarée coupable d'importation, elle est passible d'une peine minimale de sept ans d'emprisonnement dans un pénitencier. Elle a dit à l'avocat de la défense qu'elle ne croyait pas que la police porterait contre elle une accusation de parjure par suite de son témoignage à cette audience. L'avocat de la défense a déduit de ce témoignage que, si elle collabore maintenant avec les autorités, celles-ci pourront très bien se montrer moins sévères à son égard.

Comme nous l'avons constaté, la défense de l'appelant consistait essentiellement à invoquer un alibi, mais il a cherché en outre à établir l'absence de mobile pour commettre le crime, en tentant de démontrer que ses relations avec Pinsonneault et Bergeron étaient celles de «banquier» dans des opérations de trafic de stupéfiants et que Pinsonneault lui devait environ 30 000 \$. Il a dit qu'il avait pris rendez-vous avec Pinsonneault, mais qu'il ne s'était pas rendu sur la rue Bute tôt le matin du 2 décembre et qu'il ne l'avait pas tué.

Il se dégage nettement de l'exposé qui précède que la crédibilité est un élément crucial dans la présente affaire, laquelle n'est guère simplifiée par la mauvaise moralité des témoins principaux et de l'appelant. L'avocat de la défense a essayé de mettre à profit cet élément en commentant la preuve de la poursuite. Dans son exposé au jury, il a décrit Marcoux et Bergeron comme des [TRADUCTION] «fièffés menteurs» et a dit que le jury ne devrait pas ajouter foi à leur témoignage. De plus, il a laissé entendre que les jurés devraient se demander sérieusement s'il convenait de retenir le témoignage d'Allan qui, de son propre aveu, s'était parjurée et qui avait également à répondre à au moins deux accusations en matière de stupéfiants.

Cependant, la moralité de l'appelant a également causé des problèmes à la défense. Comme l'avocat de la défense entendait faire témoigner l'appelant, il a donc tenté, à la conclusion de la preuve à charge, d'empêcher la poursuite de contre-interroger l'appelant au sujet de son casier judiciaire en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* en faisant valoir que cela irait à l'encontre de la *Charte*. Permettre qu'il y ait un contre-interrogatoire portant sur les condamnations antérieures d'un accusé, par opposition à un témoin ordinaire, serait fortement préjudiciable.

lant's previous conviction of non-capital murder was so highly prejudicial that it would infringe on his *Charter* right to a fair trial. He further submitted that in the circumstances of the present case the trial judge could, under s. 24(1) of the *Charter*, refuse to permit such cross-examination. The trial judge, following *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333, a decision of another judge of the Supreme Court of British Columbia, rejected this argument. (It may be observed that the argument has also been rejected in *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465 (N.S.S.C. App. Div.), and *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349 (Man. C.A.))

In his opening address to the jury, counsel for the appellant stated that he would be leading evidence of the appellant's record in chief in order to "soften the blow". The appellant subsequently testified as one of the defence witnesses, at which time he admitted the following record of convictions:

April 23, 1954 — armed robbery, receiving stolen property, breaking and entering and theft (four counts)

May 12, 1954 — escaping custody

December 6, 1954 — theft of auto and breaking and entering

November 8, 1971 — non-capital murder

During his instructions to the jury, the trial judge directed the jury that the evidence of the appellant's past convictions could be used only to assess his credibility and for no other purpose. He went on:

Because the Accused was previously convicted of murder, it must not be used by you, the Jury, as evidence to prove that the Accused person committed the murder of which he stands charged. You, the Jury, must not take the person's previous convictions into account in your deliberation when determining whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the Accused committed the murder with which he is charged.

En particulier, l'avocat a soutenu que permettre de procéder à un contre-interrogatoire relativement à la condamnation antérieure de l'appelant pour meurtre non qualifié et de faire la preuve de cette condamnation, serait si préjudiciable pour l'appelant qu'il en résulterait une atteinte à son droit à un procès équitable, garanti par la *Charte*. L'avocat a prétendu en outre que, dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès pouvait, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, refuser d'autoriser un tel contre-interrogatoire. Se fondant sur la décision *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333, rendue par un autre juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge du procès a rejeté cet argument. (On peut faire remarquer ici que le même argument a été écarté aussi dans les arrêts *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465 (C.S.N.-É., Div. App.), et *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349 (C.A. Man.))

Dans son exposé introductif au jury, l'avocat de l'appelant a exprimé son intention de produire en interrogatoire principal une preuve du casier judiciaire de l'appelant afin de [TRADUCTION] «limiter les dégâts». L'appelant a par la suite déposé en tant que témoin à décharge et a reconnu avoir été déclaré coupable des infractions suivantes:

le 23 avril 1954 — vol à main armée, recel, introduction par effraction et vol (quatre chefs)

le 12 mai 1954 — évvasion

le 6 décembre 1954 — vol d'une auto et introduction par effraction

le 8 novembre 1971 — meurtre non qualifié

En donnant ses directives au jury, le juge du procès a dit que la preuve relative aux condamnations antérieures de l'appelant ne pouvait servir que pour apprécier sa crédibilité. Il a ajouté:

[TRADUCTION] Bien que l'accusé ait déjà été déclaré coupable de meurtre, vous, les jurés, ne devez pas considérer cela comme un élément de preuve établissant qu'il a commis le meurtre qu'on lui reproche en l'espèce. Vous, les jurés, ne devez pas tenir compte de ses condamnations antérieures pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le meurtre qu'on lui impute.

The jury retired to deliberate at 2:42 p.m., April 20, 1983, and continued their deliberations the next day. Interestingly at 5:50 p.m. on that day, they asked the trial judge to go over reasonable doubt again. Following these further instructions they retired and returned a verdict of guilty on the charge of second degree murder at 6:15 p.m., April 21, 1983. When asked by the trial judge whether they wished to make any recommendation regarding sentencing, the jury recommended that the accused serve the minimum sentence of 10 years before becoming eligible for parole.

The Court of Appeal Judgments

An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed by majority (Seaton and Craig J.J.A., Hutcheon J.A. dissenting): (1984), 17 C.C.C. (3d) 129. In view of the arguments put before them, the opinions of these judges were largely directed at the *Charter* arguments, although they are also relevant in dealing with the interpretation of s. 12 of the *Canada Evidence Act*.

The majority concluded that s. 12 was not inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Craig J.A., with whom Seaton J.A. was "in general agreement", first dealt with appellant counsel's argument that a trial is not impartial within the meaning of these provisions if the tribunal is aware of the convictions because the tribunal tends to use the evidence of previous convictions not to test his credibility but as evidence that he committed the crime charged. To this, Craig J.A. observed that the possibility that the trier of fact might, consciously or unconsciously, give undue weight to previous convictions rather than considering them solely on the issue of credibility was a factor defence counsel must consider in determining whether to advise the accused to testify. He conceded that the trier of fact may in a particular case use the evidence of previous convictions for something more than determining credibility, but added (at pp. 145-46):

Le jury s'est retiré pour délibérer à 14 h 42, le 20 avril 1983, et a poursuivi ses délibérations le lendemain. Il est intéressant de noter qu'à 17 h 50 ce jour-là, les jurés ont demandé au juge du procès de leur expliquer de nouveau le doute raisonnable. À la suite de ces directives supplémentaires, ils se sont retirés et, à 18 h 15, le 21 avril 1983, ils ont rendu un verdict de culpabilité relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Lorsque le juge du procès leur a demandé s'ils avaient des recommandations à formuler quant à la peine à imposer, les jurés ont recommandé que l'accusé soit obligé de purger la peine minimale de dix ans d'emprisonnement avant de devenir admissible à la libération conditionnelle.

Les motifs de la Cour d'appel

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité (les juges Seaton et Craig, et le juge Hutcheon, dissident), a rejeté l'appel interjeté devant elle: (1984), 17 C.C.C. (3d) 129. Étant donné la nature des débats qui se sont déroulés devant eux, les motifs des juges traitent principalement des arguments fondés sur la *Charte*, mais ils sont aussi pertinents relativement à l'interprétation de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

La cour à la majorité a conclu que l'art. 12 n'était incompatible ni avec l'art. 7 ni avec l'al. 11(d) de la *Charte*. Le juge Craig, avec qui le juge Seaton a été [TRADUCTION] «généralement d'accord», a d'abord examiné l'argument de l'avocat de l'appelant suivant lequel un procès n'est pas impartial au sens de ces dispositions si le tribunal est au courant des condamnations, parce que le tribunal a tendance à utiliser la preuve de condamnations antérieures non pas pour vérifier la crédibilité de l'accusé, mais pour établir que l'accusé a commis le crime imputé. À cet égard, le juge Craig a fait observer que la possibilité que le juge des faits puisse, consciemment ou inconsciemment, attribuer une importance indue aux condamnations antérieures plutôt que de n'en tenir compte que relativement à la question de la crédibilité est un élément qu'il incombe à l'avocat de la défense de prendre en considération en décidant s'il conseillera à l'accusé de témoigner. Il a reconnu que le juge des faits peut, dans un cas donné, utiliser la preuve de condamnations antérieures à d'autres fins que la simple détermination de la crédibilité, mais il a ajouté (aux pp. 145 et 146):

... I disagree with the suggestion that, generally, or invariably, the trier of fact uses evidence of previous convictions of the accused as evidence of his guilt of the crime charged, rather than using it solely to assess his credibility and with the suggestion that jurors, psychologically, are incapable of heeding the warning that they must use this evidence solely on the issue of credibility. The results of many cases establish that jurors do heed the warning regarding the limited use which they may make of previous convictions. The importance of credibility varies from case to case, ranging from relatively unimportant to crucial. In this case, it was crucial. Previous convictions can be very important factors in assessing credibility.

Craig J.A. then dealt with the appellant's contention that it was permissible to cross-examine Crown witnesses on a previous criminal record, but that it was unfair to permit this when the accused was a witness because of the possibility that the jury might regard his record as evidence that he probably committed the crime charged. Craig J.A. thought that the argument put the concept of "fairness" too narrowly. He stated that "[f]airness is a relative term and involves a consideration of the interests of the State as well as ... the accused" (p. 146). In his view, "[i]t would be unfair, particularly in a case such as this, to allow a case to go to the jury on the basis that the principal Crown witnesses should not be believed because they have criminal records, but that the accused should be believed because he does not, apparently, have a criminal record, although, in fact, he may have a criminal record" (p. 146).

Seaton J.A. put the latter point even more forcefully (at p. 138):

Here the witnesses for the Crown were cross-examined regarding their previous convictions and the trial judge warned the jury about believing such people. The cross-examination was conducted and the warning given because a previous record is generally thought to indicate a person whose evidence should not be accepted too quickly. Experience has shown such people not to be reliable. The appellant wants the benefit of all that, but he wants us to hide from the jury that he is much the

[TRADUCTION] ... je rejette l'idée que, d'une manière générale ou invariablement, le juge des faits utilise la preuve des condamnations antérieures d'un accusé pour établir sa culpabilité du crime imputé, plutôt que de s'en servir uniquement pour juger de sa crédibilité, et que les jurés sont psychologiquement incapables de tenir compte de l'avertissement qu'ils ne doivent la prendre en considération que relativement à la crédibilité. Les verdicts rendus dans bien des affaires établissent que les jurés écoutent bel et bien la mise en garde concernant l'usage limité qu'ils peuvent faire des condamnations antérieures. L'importance de la crédibilité varie d'un cas à l'autre, allant de relativement peu importante à cruciale. En l'espèce, elle était cruciale. Les condamnations antérieures peuvent jouer un rôle très important dans l'appréciation de la crédibilité.

Le juge Craig est ensuite passé à l'argument de l'appelant selon lequel il est permis de contre-interroger les témoins à charge relativement à des antécédents criminels, mais il est inéquitable de le permettre lorsque c'est l'accusé qui témoigne, en raison de la possibilité que le jury considère son casier judiciaire comme une preuve qu'il a probablement commis le crime imputé. Selon le juge Craig, c'était là donner à la notion d'«équité» une portée trop restreinte. Il a dit que [TRADUCTION] «[l']équité est un terme relatif qui emporte la prise en considération des intérêts de l'État aussi bien que ceux de l'accusé» (p. 146). À son avis, [TRADUCTION] «[i]l serait injuste, surtout dans un cas comme celui-ci, de permettre qu'une affaire soit soumise à l'appréciation du jury en tenant pour acquis, d'une part, qu'il ne faut pas ajouter foi aux dépositions des principaux témoins à charge en raison de leurs antécédents criminels et, d'autre part, que l'accusé est digne de foi parce qu'il ne semble pas avoir d'antécédents criminels, bien qu'il puisse en réalité en avoir» (p. 146).

Le juge Seaton a exprimé ce dernier point d'une façon encore plus énergique (à la p. 138):

[TRADUCTION] En l'espèce, les témoins à charge ont été contre-interrogés relativement à leurs condamnations antérieures et le juge du procès a averti le jury du danger qu'il y avait à croire ces gens. Le contre-interrogatoire a été tenu et la mise en garde faite parce qu'un casier judiciaire est généralement considéré comme une indication qu'il s'agit d'une personne dont le témoignage est sujet à caution. L'expérience démontre que de telles personnes ne sont pas dignes de foi. L'appelant désire

same as the other witnesses. Maybe worse. I do not think that he is entitled to that. It is not an essential ingredient in a fair trial.

For the reasons above summarized, Craig J.A. came to the following general conclusion (at pp. 146-47):

Having regard to the importance of credibility and the importance that previous convictions may have on this issue, I think that s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* is not inconsistent with s. 7 and s. 11(d) of the Charter even accepting the possibility that in a specific case the jury may tend to use the previous convictions of the accused for something more than merely assessing his credibility.

Both judges, and particularly Seaton J.A., also relied on English procedure, which in their view would also have permitted cross-examination of the accused. The dissenting judge, Hutcheon J.A. disagreed, noting that an overriding discretion to exclude such evidence in the interests of securing a fair trial subsisted in England.

Hutcheon J.A. would have ordered a new trial since he was of the view that, in its application to the accused in the circumstances of the case, s. 12 conflicted impermissibly with the accused's Charter right to a fair hearing. In his view, the "fair hearing" to which the accused has a right under s. 11(d) of the Charter is one which, among other things, is "free from prejudice". He observed that the Ontario Court of Appeal had recognized the special risk to an accused who testified on his own behalf of having his previous convictions proved against him for the purpose of affecting his credibility, thereby incidentally prejudicing his position with the jury in regard to the charge then on trial.

Hutcheon J.A. then noted that he had not found one commentator who did not acknowledge this undue prejudice. These commentators (many of whom will be mentioned later) as well as empirical research all supported the notion that the introduction of evidence concerning previous convictions

profiter de tout cela, mais en même temps, il ne veut pas que nous disions au jury qu'à cet égard il ressemble aux autres témoins. Peut-être pire. Je ne crois pas qu'il a droit à cela. Ce n'est pas un élément essentiel d'un procès équitable.

Pour les raisons résumées ci-dessus, le juge Craig a tiré cette conclusion générale (aux pp. 146 et 147):

[TRADUCTION] Eu égard à l'importance de la crédibilité et à l'importance que peuvent revêtir les condamnations antérieures à ce sujet, j'estime que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte, même si l'on admet la possibilité que, dans un cas d'espèce, le jury puisse avoir tendance à se servir des condamnations antérieures de l'accusé à d'autres fins que la simple appréciation de sa crédibilité.

Les deux juges, et particulièrement le juge Seaton, se sont fondés en outre sur la procédure anglaise qui, à leur avis, aurait également permis le contre-interrogatoire de l'accusé. Le juge Hutcheon, dissident, a exprimé son désaccord en faisant remarquer qu'il subsistait en Angleterre un pouvoir discrétionnaire prépondérant d'exclure une telle preuve dans le but d'assurer un procès équitable.

Le juge Hutcheon aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès étant donné qu'il estimait que, dans son application à l'accusé en l'espèce, l'art. 12 constituait une atteinte inacceptable au droit à un procès équitable que lui garantit la Charte. À son avis, le «procès équitable» auquel l'accusé a droit en vertu de l'al. 11d) de la Charte doit notamment être «exempt de tout préjugé». Il a souligné que la Cour d'appel de l'Ontario avait reconnu le risque particulier auquel s'expose un accusé qui témoigne pour son propre compte, savoir celui qu'on se serve de ses condamnations antérieures pour attaquer sa crédibilité, ce qui compromettrait sa position vis-à-vis du jury relativement à l'accusation alors instruite.

Le juge Hutcheon a ensuite fait observer qu'il n'avait pas trouvé un seul glossateur qui ne reconnaissait pas qu'il s'agissait là d'un préjudice indu. Ces glossateurs (dont plusieurs seront mentionnés plus loin) ainsi que la recherche empirique appuient tous l'idée que la production d'éléments

increases the likelihood of conviction, and that instructions to the jury to disregard the evidence will not counteract the “halo” effect of the previous convictions. This was especially true when the offences revealed were similar to the one alleged to have been committed by an accused.

He concluded that the prevalent interpretation of s. 12 was inconsistent with the accused’s *Charter* rights, that the prejudice to the accused from the introduction into evidence of his previous conviction for non-capital murder was undue, real and certain, and that the instruction to the jury, in all likelihood, did nothing to remove that prejudice. He stated (at p. 161):

The probative value of the evidence of a prior conviction for murder as it bears on credibility is slight; its admission, however, creates substantial danger of undue prejudice. If the trial judge had a discretion to admit the evidence, it would have been an error to do so.

The latter point, he observed, had no application to witnesses who were not on trial.

Hutcheon J.A.’s concern (which I observe was the principal issue raised by appellant’s counsel throughout) was with the admission of the previous murder conviction. To the suggestion that the appellant’s testimony would have an unmerited aura of veracity unless his previous conviction of murder was admitted in evidence, he responded that any such aura would be removed by the evidence of other previous convictions and other evidence. He stated (at p. 162):

To the extent that his prior convictions in 1954 for armed robbery, breaking and entering and theft of a motor vehicle, remote as they were, bore on veracity, that was conveyed to the jury by the evidence of those prior convictions. To the extent that the commission of an unknown crime could affect credibility, that was conveyed to the jury by Corbett’s evidence that he used a false name in registering at the motel because he was in breach of probation by his visit to Vancouver.

de preuve concernant des condamnations antérieures augmente les chances d’être déclaré coupable et que le fait de dire au jury de ne pas tenir compte de ces éléments de preuve ne suffit pas pour dissiper l’effet des condamnations antérieures. Cela est d’autant plus vrai lorsque les infractions révélées ressemblent à celle qu’aurait commise l’accusé.

Il a conclu que l’interprétation courante de l’art. 12 était incompatible avec les droits garantis à l’accusé par la *Charte*, que le préjudice causé à l’accusé par la production en preuve de sa condamnation antérieure pour meurtre non qualifié était indu, réel et certain, et que les directives données au jury n’ont vraisemblablement rien fait pour l’effacer. Il a dit (à la p. 161):

[TRADUCTION] La preuve d’une condamnation antérieure pour meurtre n’a que peu de valeur probante en ce qui concerne la crédibilité; son admission crée cependant un risque important de causer un préjudice indu. À supposer que le juge du procès ait joui du pouvoir discrétionnaire d’admettre cette preuve, c’eût été une erreur de le faire.

Cette dernière observation, a-t-il fait remarquer, ne s’appliquait pas à des témoins qui n’étaient pas des accusés.

Ce qui préoccupait le juge Hutcheon (et c’était là aussi la question principale soulevée par l’avocat de l’appelant devant toutes les cours) était l’admission en preuve de la condamnation antérieure pour meurtre. À l’argument selon lequel le témoignage de l’appelant donnerait une impression injustifiée de véracité à moins que sa condamnation antérieure pour meurtre ne soit admise en preuve, le juge Hutcheon a répondu que la preuve relative aux autres condamnations antérieures ainsi que d’autres éléments de preuve la feraient disparaître. Il a précisé (à la p. 162):

[TRADUCTION] Dans la mesure où ses condamnations en 1954 pour vol à main armée, pour introduction par effraction et pour vol d’un véhicule automobile, si éloignées soient-elles, influent sur la véracité, cela a été transmis au jury par la preuve de ces condamnations antérieures. Dans la mesure où la perpétration d’un crime dont on ignore l’existence pourrait influencer sur la crédibilité, cela a été transmis au jury par le témoignage de Corbett qui a dit avoir utilisé un nom d’emprunt en s’inscrivant au motel parce que son voyage à Vancouver constituait une violation des modalités de sa liberté conditionnelle.

Hutcheon J.A. then concluded as follows:

If credibility is the sole function of the evidence of a prior conviction there was little, if anything, to be added by the evidence of the prior conviction for murder. What may have been added was evidence of bad character that unfairly prejudiced the accused.

Then, having drawn attention to the jury's request after considerable deliberation to have the judge "go over reasonable doubt again", before finding the appellant guilty of second degree murder, Hutcheon J.A. continued by paraphrasing Sankey L.C.'s comment in *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309, at p. 323, that while "it is impossible to deny that the evidence was strong against the accused; it might well be that the fact that he had been convicted some years before of a similar offence might have been the last ounce which turned the scales against him".

In Hutcheon J.A.'s view, therefore, s. 12 should not by reason of the *Charter* be so interpreted as to permit the admission into evidence of the appellant's previous conviction for non-capital murder. Such admission would in his view be inconsistent with the appellant's right to a fair hearing under s. 11(d) of the *Charter*.

The Appeal to This Court

On January 18, 1985, notice of appeal to this Court was filed pursuant to s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*. The following constitutional questions were then stated:

1. Whether section 12(1) of the *Canada Evidence Act* is inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that s. 12(1) applies to a person charged with an offence?
2. If there is such an inconsistency, does s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* save s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* from being declared of no force and effect to the extent of the inconsistency?

Notice of the constitutional questions was served upon the Attorney General of Canada and the Attorneys General of the provinces. The Attorneys

Le juge Hutcheon a ensuite tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] À supposer que la preuve d'une condamnation antérieure ne se rapporte qu'à la crédibilité, la preuve de la condamnation antérieure pour meurtre n'ajoutait que peu ou rien du tout. Ce que cela a pu ajouter, c'était une preuve de mauvaise moralité qui a nui injustement à l'accusé.

Puis, ayant souligné que le jury, après avoir longuement délibéré, a demandé au juge de lui [TRADUCTION] «expliquer de nouveau le doute raisonnable», avant de déclarer l'appelant coupable de meurtre au deuxième degré, le juge Hutcheon a poursuivi en paraphrasant ainsi l'observation faite par le lord chancelier Sankey dans l'arrêt *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309, à la p. 323: [TRADUCTION] «[même s']il est impossible de nier que la preuve à charge était solide, il se pourrait bien que le fait que l'accusé a été quelques années auparavant déclaré coupable d'une infraction similaire ait eu pour effet de faire pencher la balance contre lui.»

Donc, de l'avis du juge Hutcheon, l'art. 12 ne devrait pas, en raison de la *Charte*, être interprété de manière à permettre l'admission en preuve de la condamnation antérieure de l'appelant pour meurtre non qualifié. Selon lui, cette admission serait incompatible avec le droit à un procès équitable que garantit à l'appelant l'al. 11d) de la *Charte*.

Le pourvoi devant cette Cour

Le 18 janvier 1985, un avis de pourvoi devant cette Cour a été déposé en vertu de l'al. 618(1)a) du *Code criminel*. Les questions constitutionnelles suivantes ont alors été formulées:

1. Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ce paragraphe s'applique à une personne accusée d'une infraction?
2. Dans l'affirmative, l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* empêche-t-il que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* soit déclaré nul et sans effet dans la mesure de cette incompatibilité?

Avis d'une question constitutionnelle a été signifié au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces. Les procureurs généraux

General of Canada, Ontario, Quebec and Alberta intervened in support of the constitutionality of s. 12.

Preliminary Issue

Section 12(1) of the *Canada Evidence Act* reads as follows:

12. (1) A witness may be questioned as to whether he has been convicted of any offence, and upon being so questioned, if he either denies the fact or refuses to answer, the opposite party may prove such conviction.

Section 12(2) simply provides for the manner in which a conviction may be proved and requires no further attention here.

As can be seen, s. 12 relates to the proof of previous convictions on cross-examination rather than in chief. Functionally, however, it was solely because of the trial judge's ruling that s. 12 was constitutionally valid and that it permitted proof of the convictions that reference to these convictions was made in chief, to "soften the blow" as defence counsel put it. I do not think this changes anything. The tactics of defence counsel were a direct response to this ruling, and if the ruling was incorrect the appellant is entitled to have the error remedied.

General Principles

As is true with respect to the resolution of most, if not all, issues relating to the law of evidence, resort must be had, first and foremost, to its animating or first principles, for it is only with reference to these that the more specific rules of evidence can be understood and evaluated. Failure to so reference discussion often results in the unhappy divorce of legal reasoning from common sense, with the consequence that rules of evidence are apt to be viewed as both self-sustaining and self-justifying. The present case further illustrates that statutory rules of evidence must also be interpreted in light of these guiding principles.

du Canada, de l'Ontario, du Québec et de l'Alberta sont intervenus pour soutenir la constitutionnalité de l'art. 12.

Question préliminaire

Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* est ainsi conçu:

12. (1) Un témoin peut être interrogé sur la question de savoir s'il a déjà été déclaré coupable de quelque infraction, et lorsqu'il est ainsi interrogé, s'il nie le fait ou refuse de répondre, la partie adverse peut prouver cette déclaration de culpabilité.

Le paragraphe 12(2) prévoit simplement la manière dont une déclaration de culpabilité peut être prouvée et point n'est besoin d'en parler davantage ici.

On voit bien que l'art. 12 se rapporte à la preuve de condamnations antérieures au stade du contre-interrogatoire plutôt qu'à celui de l'interrogatoire principal. Du point de vue pratique, cependant, c'est uniquement en raison de la décision du juge du procès que l'art. 12 était constitutionnel et permettait de faire la preuve des déclarations de culpabilité qu'on a fait mention de celles-ci au cours de l'interrogatoire principal, afin de [TRA-DUCTION] «limiter les dégâts» pour reprendre l'expression de l'avocat de la défense. Je ne crois pas que cela change quoi que ce soit. La tactique de l'avocat de la défense a été directement motivée par ladite décision et, pour autant que cette décision soit erronée, l'appelant a droit à ce qu'il y soit remédié.

Principes généraux

Tout comme pour ce qui est de régler la plupart, sinon la totalité, des questions reliées au droit de la preuve, il faut se reporter d'abord et avant tout aux principes qui l'animent, c'est-à-dire à ses principes fondamentaux, car ce n'est que par référence à ceux-ci qu'il est possible de comprendre et d'évaluer les règles plus précises en matière de preuve. En effet, l'omission de tenir compte de ces principes aboutit souvent, malheureusement, au divorce du raisonnement juridique d'avec le bon sens, ce qui a pour conséquence qu'on est porté à considérer que les règles de preuve ont leurs propres vitalité et raison d'être. La présente affaire montre en outre que les règles de preuve établies par la loi doivent elles aussi s'interpréter en fonction de ces principes directeurs.

The organizing principles of the law of evidence may be simply stated. All relevant evidence is admissible, subject to a discretion to exclude matters that may unduly prejudice, mislead or confuse the trier of fact, take up too much time, or that should otherwise be excluded on clear grounds of law or policy. Questions of relevancy and exclusion are, of course, matters for the trial judge, but over the years many specific exclusionary rules have been developed for the guidance of the trial judge, so much so that the law of evidence may superficially appear to consist simply of a series of exceptions to the rules of admissibility, with exceptions to the exceptions, and their sub-exceptions.

The basic principles were recently re-affirmed in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190 (the "1983 *Morris* case"), where Lamer J., on this point speaking for a unanimous Court, stated, at p. 201:

Thayer's [Thayer, *A preliminary treatise on evidence at the common law*, at p. 530] statement of the law which is still the law in Canada, was as follows:

- (1) that nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved; and (2) that everything which is thus probative should come in, unless a clear ground of policy or law excludes it.

To this general statement should be added the discretionary power judges exercise to exclude logically relevant evidence

... as being of too slight a significance, or as having too conjectural and remote a connection; others, as being dangerous, in their effect on the jury, and likely to be misused or overestimated by that body; others, as being impolitic, or unsafe on public grounds; others, on the bare ground of precedent. It is this sort of thing, as I said before, — the rejection on one or another practical ground, of what is really probative, — which is the characteristic thing in the law of evidence; stamping it as the child of the jury system. (Thayer, at p. 266.)

Les principes fondamentaux du droit de la preuve peuvent être formulés simplement. Tout élément de preuve pertinent est admissible, sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'exclure tout ce qui risque de causer un préjudice indu, d'induire en erreur ou d'embrouiller le juge des faits, de prolonger démesurément les procédures, ou ce qui devrait par ailleurs être exclu pour des motifs clairs de droit ou de principe. Bien entendu, les questions de la pertinence et de l'exclusion relèvent de la compétence du juge du procès, mais au cours des années un bon nombre de règles d'exclusion précises ont été élaborées pour sa gouverne, à tel point que le droit de la preuve peut à première vue paraître ne consister qu'en une série d'exceptions aux règles d'admissibilité, exceptions qui connaissent elles-mêmes des exceptions, lesquelles souffrent également des exceptions.

Les principes de base ont été énoncés de nouveau dans l'arrêt récent *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190 («l'affaire *Morris* de 1983»), où le juge Lamer, exprimant sur ce point l'avis de cette Cour à l'unanimité, dit, à la p. 201:

Le principe de droit qui s'applique encore au Canada a été ainsi formulé par Thayer [Thayer, *A preliminary treatise on evidence at the common law*, à la p. 530]:

- [TRADUCTION] (1) que rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait qui doit être prouvé; et (2) que tout ce qui constitue une telle preuve doit être admis, à moins qu'un motif de principe ou de droit n'entraîne manifestement son exclusion.

À cette déclaration générale doit être ajouté le pouvoir discrétionnaire qu'ont les juges d'exclure certains éléments de preuve logiquement pertinents:

[TRADUCTION] ... à cause de leur trop faible importance ou en raison de leur lien excessivement conjectural et indirect; d'autres, à cause de leur effet dangereux sur le jury qui est susceptible d'en faire un mauvais usage ou d'en surestimer la valeur; d'autres encore parce qu'ils sont impolitiques ou hasardeux pour des raisons d'intérêt public; d'autres simplement par l'application d'un précédent. Comme je l'ai déjà dit, c'est ce genre de chose — le rejet, pour un motif quelconque d'ordre pratique, de ce qui a une véritable valeur probante — qui caractérise le droit de la preuve et qui en fait le fruit du système de jurys. (Thayer, à la p. 266.)

It was through the exercise of this discretionary power that judges developed rules of exclusion. As said Thayer, at p. 265, when speaking of the rule of general admissibility of what is logically probative:

... in an historical sense it has not been the fundamental thing, to which the different exclusions were exceptions. What has taken place, in fact, is the shutting out by the judges of one and another thing from time to time; and so, gradually, the recognition of this exclusion under a rule. These rules of exclusion have had their exceptions; and so the law has come into the shape of a set of primary rules of exclusion; and then a set of exceptions to these rules.

It should be noted that this passage followed a general discussion of the concept of relevance in which the Court affirmed that no minimum probative value is required for evidence to be deemed relevant. The Court made it clear that relevance does not involve considerations of sufficiency of probative value, and that, as McIntyre J. stated, at p. 192, "admissibility of evidence must not be confused with weight". A cardinal principle of our law of evidence, then, is that any matter that has any tendency, as a matter of logic and human experience, to prove a fact in issue, is admissible in evidence, subject, of course, to the overriding judicial discretion to exclude such matter for the practical and policy reasons already identified. Also important, especially in the context of the present case, is the Court's recognition that the present rules of exclusion are but specific accretions or manifestations of a subsisting general judicial discretion to exclude, on practical or policy grounds, that which is admittedly relevant. More will be said about this below, for it is these general considerations that must inform the interpretation of s. 12.

The Historical Background of s. 12

Until the 19th century, many who were in a position to give relevant evidence were legally incompetent to act as witnesses in legal proceedings. Among those incompetent to testify at a criminal trial were persons who had been convicted

C'est par l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire que les juges ont établi des règles d'exclusion. Comme le dit Thayer, à la p. 265, quand il parle de la règle générale de la recevabilité de ce qui est logiquement probant:

[TRADUCTION] ... sur le plan historique, ce n'est pas la règle fondamentale à laquelle font exception les différentes exclusions. Ce qui s'est passé en fait c'est que les juges ont, à l'occasion, écarté telle et telle chose de sorte que, progressivement, l'exclusion a été consacrée dans une règle. Ces règles d'exclusion ont elles aussi connu des exceptions; ainsi, le droit a pris la forme d'un ensemble de règles d'exclusion fondamentales auxquelles on a ajouté une série d'exceptions.

Soulignons que ce passage suit une étude générale du concept de la pertinence au cours de laquelle la Cour a affirmé qu'il n'est pas nécessaire qu'une preuve ait une certaine valeur probante minimale pour être considérée comme pertinente. La Cour a bien précisé que la pertinence ne tient nullement à l'existence d'une valeur probante suffisante et que, comme le dit le juge McIntyre, à la p. 192, «On ne doit [...] pas confondre l'admissibilité de la preuve avec son poids». Il y a donc un principe fondamental de notre droit de la preuve qui veut que tout ce qui, selon la logique et l'expérience humaine, tend le moins à établir un fait en litige, soit admissible en preuve, sous réserve évidemment du pouvoir discrétionnaire prépondérant qu'ont les tribunaux d'écarter, pour les raisons d'ordre pratique et de principe déjà évoquées, l'élément de preuve en question. Ce qui importe aussi, surtout dans le présent contexte, est le fait que la Cour a reconnu que les règles d'exclusion actuelles ne constituent que des manifestations précises du pouvoir discrétionnaire général subsistant qu'ont les tribunaux d'exclure, pour des motifs pratiques ou de principe, des éléments de preuve qui sont certes pertinents. Nous reviendrons sur ce sujet plus loin, car c'est en fonction de ces considérations générales que doit s'interpréter l'art. 12.

Historique de l'art. 12

Jusqu'au XIX^e siècle, bien des gens qui étaient en mesure de faire des dépositions pertinentes n'avaient pas capacité pour témoigner dans des procédures judiciaires. Parmi ceux qui étaient frappés d'incapacité de témoigner à un procès

of infamous crimes, persons having a pecuniary or proprietary interest in the outcome of the proceedings, as well as the parties to the proceedings and their spouses. Although many of these persons could be expected to give evidence which was relevant to matters in issue — indeed, in the case of accused persons, highly relevant — it was reasoned that it would be imprudent to allow them to testify because their evidence would not have been credible in light of their bad character as evidenced by their previous convictions, or their vested interest in the outcome of the trial.

In the early 19th century, however, the United Kingdom enacted legislation to remove these common law restrictions on competence. Acts passed in 1828 (*An Act for amending the Law of Evidence in certain Cases* (U.K.), 9 Geo. 4, c. 32, s. 4) and 1843 (*An Act for improving the Law of Evidence* (U.K.), 6 & 7 Vict., c. 85, s. 1) provided that a person was not incompetent to testify by reason only of interest or crime. Parties and their spouses, however, were specifically denied competence by the latter Act. A criminal past thenceforth became, at most, a factor that could affect the credibility of a witness but could not preclude receipt of his testimony.

I say “at most” because it was for a long time by no means clear that a witness’ credibility could be attacked by adducing evidence of previous convictions. The problem was twofold. First, it was doubtful that a witness could be asked or made to answer any questions that tended to disgrace him. Second, even if such questions could be put, if the allegation was denied or no answer given it would appear that the fact of the previous conviction could not be proved, because this would have violated the proscription against collateral evidence (Friedland, “Criminal Law — Evidence — Cross-Examination on Previous Convictions in Canada — Section 12 of the Canada Evidence

criminel figuraient les personnes ayant été reconnues coupables de crimes infâmes, les personnes ayant un intérêt pécuniaire ou un droit de propriété susceptible d’être touché par l’issue des procédures, ainsi que les parties à ces procédures et leurs conjoints. Même si on pouvait s’attendre à ce que beaucoup de ces personnes fassent des dépositions qui soient pertinentes relativement aux questions en litige — et, en réalité, extrêmement pertinentes dans le cas des accusés — on a jugé qu’il serait imprudent de les laisser témoigner parce que leurs témoignages seraient dénués de toute crédibilité étant donné la mauvaise moralité de ces individus, démontrée par leurs condamnations antérieures, ou compte tenu de l’intérêt qu’ils avaient dans l’issue du procès.

Toutefois, vers le début du XIX^e siècle, le Royaume-Uni a adopté des lois visant à supprimer ces restrictions en matière de capacité qu’imposait la *common law*. Les textes adoptés en 1828 (*An Act for amending the Law of Evidence in certain Cases* (R.-U.), 9 Geo. 4, chap. 32, art. 4) et en 1843 (*An Act for improving the Law of Evidence* (R.-U.), 6 & 7 Vict., chap. 85, art. 1) disposaient qu’une personne n’était pas inhabile à témoigner du seul fait qu’elle avait un intérêt dans l’affaire ou qu’elle avait commis un crime. Cependant, la seconde loi prévoyait expressément l’incapacité des parties et de leurs conjoints. Des antécédents criminels devenaient dès lors, tout au plus, un facteur qui pouvait nuire à la crédibilité d’un témoin, mais qui ne pouvait pas venir empêcher la réception de son témoignage.

Si je dis «tout au plus» c’est parce que, pendant longtemps, il n’était pas du tout certain que la crédibilité d’un témoin pouvait être attaquée par la production d’une preuve de condamnations antérieures. Le problème était double. En premier lieu, il était douteux qu’on puisse poser à un témoin des questions tendant à le discréditer ou lui demander de répondre à ces questions. En deuxième lieu, même à supposer que de telles questions aient pu être posées, il semblait que, si l’allégation était niée ou laissée sans réponse, on ne pouvait à ce moment-là prouver la condamnation antérieure parce que cela aurait constitué une violation de l’interdiction de produire des éléments de preuve

Act" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 656, at p. 660; *R. v. Stratton, supra*, at pp. 459-60, *per* Martin J.A.)

It is important to note, however, that the restrictions on such questioning were quite specific in origin, and did not arise because such matters were viewed as irrelevant to credibility. Quite the contrary. These obstacles to the introduction of previous convictions to impeach a witness' credibility were specifically removed in England in civil cases in 1854 (*The Common Law Procedure Act*, 1854 (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, s. 25) and in criminal cases in 1865 (*An Act for amending the Law of Evidence and Practice on Criminal Trials* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 18, s. 6). These Acts specifically provided that if a witness refused to answer such questions or denied having previous convictions, the fact of these convictions could be affirmatively proved. The rationale for allowing the introduction of such evidence appears to have been based on a belief that persons who have in the past committed crimes are generally not credit-worthy and ought not to be trusted to tell the truth. As Wigmore put it:

The argument for the use of bad general character to discredit a witness is, in brief, that it necessarily involves an impairment of the truth-telling capacity, that to show general moral degeneration is to show an inevitable degeneration in veracity, and that the former is often more easily betrayed to observation than is the latter.

(*Wigmore on Evidence* (Chadbourn Rev. 1970), vol. 3A, § 922, at p. 726.)

The Acts referred to above, to my mind, clearly evidence a legislative judgment that the policy of the common law that had rendered convicted persons incompetent was to be retained, but in the form of a set of rules that would permit the reception of such persons' testimony while nevertheless subjecting their credibility to scrutiny.

incidents (Friedland, «Criminal Law — Evidence — Cross-Examination on Previous Convictions in Canada — Section 12 of the Canada Evidence Act» (1969), 47 *R. du B. can.* 656, à la p. 660; *R. v. Stratton*, précité, aux pp. 459 et 460, le juge Martin).

Il importe toutefois de souligner que les restrictions imposées à ce genre de questions avaient une origine bien précise. Elles ne procédaient nullement du fait que ces questions étaient considérées comme n'ayant aucun rapport avec la crédibilité. Bien au contraire. En Angleterre, les obstacles à la production de condamnations antérieures pour attaquer la crédibilité d'un témoin ont été expressément levés en 1854 pour les affaires civiles (*The Common Law Procedure Act*, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., chap. 125, art. 25) et en 1865 pour les affaires criminelles (*An Act for amending the Law of Evidence and Practice on Criminal Trials* (R.-U.), 28 & 29 Vict., chap. 18, art. 6). Ces lois prévoyaient expressément que si un témoin refusait de répondre à de telles questions ou niait qu'il avait fait l'objet de condamnations antérieures, on pouvait alors produire une preuve établissant l'existence de ces dernières. La raison pour laquelle on autorisait la production de ce genre d'éléments de preuve semblait reposer sur la conviction que les personnes ayant commis des crimes dans le passé ne sont pas en règle générale dignes de foi et qu'on ne devrait pas compter sur elles pour dire la vérité. Comme l'a dit Wigmore:

[TRADUCTION] L'argument en faveur de l'utilisation d'une preuve de mauvaise moralité générale pour discréditer un témoin porte, en bref, que la mauvaise moralité entraîne nécessairement une diminution de la capacité de dire la vérité, que la preuve d'une dégénérescence morale générale emporte inévitablement preuve de la dégénérescence sur le plan de la véracité et que le premier type de dégénérescence est souvent plus facilement décelable que le second.

(*Wigmore on Evidence* (Chadbourn Rev. 1970), vol. 3A, § 922, à la p. 726.)

À mon sens, les lois susmentionnées indiquent clairement que le législateur a jugé que le principe de *common law* en vertu duquel les condamnés se trouvaient frappés d'incapacité devait être conservé, mais sous la forme d'un ensemble de règles autorisant la réception du témoignage de ces personnes, tout en permettant néanmoins que leur crédibilité soit soumise à un examen minutieux.

To complete the historical picture, one need only note that legislation essentially similar to the English Act of 1865 was enacted in Canada in 1869 (*An Act respecting Procedure in Criminal Cases, and other matters relating to Criminal Law*, S.C. 1869, c. 29, s. 65). It later became s. 695 of the 1892 *Criminal Code* and, ultimately, s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1906, c. 145.

The foregoing discussion relates to the forerunners of s. 12 and their application *vis-à-vis* ordinary, non-party witnesses. Significantly, neither the 1865 legislation in the United Kingdom nor the 1869 legislation in Canada could apply to accused persons *qua* witnesses because such persons were not generally competent to testify in the United Kingdom until 1898 (*Criminal Evidence Act*, 1898 (U.K.), 61 & 62 Vict., c. 36, s. 1), and in Canada until 1893 (*The Canada Evidence Act*, S.C. 1893, c. 31, s. 4).

Section 12 and Relevancy

The policy embodied in these Acts is clearly that a wide range of crimes is relevant to the capacity for truthfulness of potential witnesses, extending beyond criminal activity specifically implicating elements of dishonesty or creditworthiness. As the Advisory Committee on the United States' Federal Rules of Evidence stated:

While it may be argued that considerations of relevancy should limit provable convictions to those of crimes of untruthfulness, acts are constituted major crimes because they entail substantial injury to and disregard of the rights of other persons or the public. A demonstrated instance of willingness to engage in conduct in disregard of accepted patterns is translatable into willingness to give false testimony.

(*Federal Rules of Evidence Manual* (4th ed. 1986), at p. 557.)

Some, however, dispute this conclusion and contend that evidence of previous convictions that do not involve dishonesty is not relevant to credibility

Pour compléter ce tableau historique, il suffit de faire observer qu'une loi essentiellement semblable à la loi anglaise de 1865 a été adoptée au Canada en 1869 (*Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle*, S.C. 1869, chap. 29, art. 65). Cette disposition est devenue plus tard l'art. 695 du *Code criminel*, 1892, et finalement, l'art. 12 de la *Loi de la preuve en Canada*, S.R.C. 1906, chap. 145.

L'analyse qui précède traite des dispositions qui ont précédé l'art. 12 et de leur application aux témoins ordinaires qui n'étaient pas parties au litige. Fait révélateur, ni la loi de 1865 au Royaume-Uni ni celle de 1869 au Canada n'était applicable aux accusés en leur qualité de témoins, parce que, d'une manière générale, ce n'est qu'à partir de 1898 au Royaume-Uni (*Criminal Evidence Act*, 1898 (R.-U.), 61 & 62 Vict., chap. 36, art. 1) et de 1893 au Canada (*Acte de la preuve en Canada*, 1893, S.C. 1893, chap. 31, art. 4), que ces personnes sont devenues habiles à témoigner.

L'article 12 et la pertinence

De toute évidence, ces lois constituent l'expression du principe général portant qu'il existe une grande diversité de crimes qui sont pertinents quant à la capacité de témoins éventuels de dire la vérité et que ces crimes ne se limitent pas aux activités criminelles qui comportent implicitement des éléments de malhonnêteté ou de fausseté. Comme l'a affirmé le comité consultatif américain sur les règles fédérales de la preuve:

[TRADUCTION] Bien qu'on puisse faire valoir que les facteurs de pertinence devraient jouer de manière à ce que seules puissent être prouvées les condamnations pour des crimes marqués par le recours au mensonge, certains actes sont désignés comme des crimes majeurs parce qu'ils portent gravement atteinte aux droits d'autres personnes ou du public ou parce qu'ils traduisent un mépris de ces droits. Un cas prouvé d'une volonté d'agir au mépris des modes de comportement acceptés peut être considéré comme établissant une disposition à donner un faux témoignage.

(*Federal Rules of Evidence Manual* (4th ed. 1986), à la p. 557.)

D'aucuns contestent toutefois cette conclusion et soutiennent que la preuve de condamnations antérieures qui ne mettent nullement en cause l'honnê-

and ought not, therefore, to be admissible into evidence because this would either violate the *Charter* or, *Charter* apart, the basic principles of law of evidence. Wigmore (op. cit., § 926) is perhaps the most notable proponent of the view that such an approach violates the fundamental principles of evidence law. In his view, only crimes relevant to show a lack of truthfulness should be used — for example, forgery, cheating and the like. A similar view has been taken in Canada by the Federal/Provincial Task Force in its *Report on Uniform Rules of Evidence* (1982), at para. 26.11, at p. 345.

It is crucial to recognize, however, although this might not be a complete answer to the foregoing, that both Wigmore and the Task Force were employing definitions of relevancy denoting “something more than a minimum of probative value” (*Wigmore on Evidence* (Tillers Rev. 1983), vol. 1A, § 28, at p. 969), and this may well have had some weight with them in arriving at their conclusions regarding relevancy. However that may be, this Court, as I remarked earlier, unanimously repudiated this view of relevancy in the 1983 *Morris* case, *supra*.

Nonetheless, the issue raises *Charter* concerns. These receive some support from recent empirical studies that suggest, albeit inconclusively, that whether or not a person tells the truth as he perceives it is a function primarily of the specific context or situation, and not of past conduct, or that, at best, only convictions for crimes involving a lack of veracity are relevant (in the Thayerian sense) to credibility: see, e.g., Lawson, “Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem” (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758, at pp. 783-89; Doob and Kirshenbaum, “Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused” (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88; see also the discussion in Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, at p. 544.

teté n’a aucun rapport avec la crédibilité et ne devrait donc pas être admissible parce que cela contreviendrait à la *Charte* ou, indépendamment de celle-ci, aux principes fondamentaux du droit de la preuve. Wigmore (op. cit., § 926) est peut-être le plus éminent partisan du point de vue selon lequel cette théorie porte atteinte aux principes fondamentaux du droit de la preuve. Selon lui, seuls devraient être admis en preuve les crimes qui sont utiles pour démontrer l’absence de véracité, comme par exemple, le faux, la tricherie, etc. Un point de vue semblable a été adopté au Canada dans le *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve* (1983), par. 26.11, à la p. 384.

Il importe cependant de reconnaître, bien que cela ne règle peut-être pas complètement la question soulevée ci-dessus, que Wigmore et le groupe de travail ont eu recours à des définitions de la pertinence qui dénotaient [TRADUCTION] «quelque chose de plus qu’une valeur probante minimale» (*Wigmore on Evidence* (Tillers Rev. 1983), vol. 1A, § 28, à la p. 969), et que cela a bien pu dans une certaine mesure influencer sur leurs conclusions concernant la pertinence. Quoi qu’il en soit, cette Cour, je le répète, a rejeté à l’unanimité dans l’affaire *Morris de 1983*, précitée, cette conception de la pertinence.

Néanmoins la question fait naître certaines inquiétudes fondées sur la *Charte*. Ces inquiétudes sont justifiées jusqu’à un certain point par des études empiriques récentes qui laissent entendre, quoique d’une manière non concluante, que la question de savoir si une personne dit la vérité telle qu’elle la perçoit dépend avant tout des circonstances ou du contexte en présence et non pas de la conduite antérieure, ou que, tout au plus, seules sont pertinentes (au sens où l’entend Thayer) relativement à la crédibilité les condamnations pour des crimes comportant comme élément la fausseté: voir, par exemple, Lawson, “Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem” (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758, aux pp. 783 à 789; Doob et Kirshenbaum, “Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused” (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88; voir aussi l’analyse que l’on trouve dans Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, à la p. 544.

I am not convinced, however, that it would be correct to consider such evidence to be generally or definitionally irrelevant. As I observed earlier, at the stage of the threshold inquiry into relevancy, basic principles of the law of evidence embody an inclusionary policy, namely, that any item of evidence which, as a matter of common sense, logic and human experience, has any tendency to prove a fact in issue ought, *prima facie*, to be admitted to assist in the discovery of truth because the cumulative effect of such evidence may be sufficient to prove a fact in issue. McCormick, in proposing a similar test for relevancy which asks whether the item of evidence renders the desired inference "more probable than it would be" without that item, aptly observed that "[a] brick is not a wall" (*Evidence* (2nd ed. 1972), at pp. 436-37).

As I have said, the forerunners of s. 12, and indeed s. 12 itself, by rendering admissible into evidence all previous convictions for the purpose of affecting a witness' credibility (for what other purpose could such evidence legitimately serve?), necessarily embody a legislative judgment that such evidence is relevant to credibility. In the absence of cogent evidence establishing that evidence of previous convictions is irrelevant for that purpose, the fact that reasonable people may disagree about its relevance merely attests to the fact that unanimity in matters of common sense and human experience is unattainable.

More importantly, I would suggest that the better approach would be to err in favour of inclusion. Such doubts would have their place when considering the weight or probative value that should be ascribed to such evidence, for it has never been suggested that all previous convictions bear equally on a witness' credibility. As Martin J.A. stated in *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339 (Ont. C.A.), at p. 342:

Je ne suis toutefois pas convaincu qu'on aurait raison de considérer une telle preuve comme dénuée de pertinence soit de manière générale, soit par définition. Comme je l'ai fait remarquer auparavant, au stade de l'enquête préliminaire sur la pertinence, les principes fondamentaux du droit de la preuve expriment une politique d'inclusion suivant laquelle tout élément de preuve qui, selon le bon sens, la logique et l'expérience humaine, tend le moins à prouver un fait en litige devrait, à première vue, être admis pour aider à découvrir la vérité parce que l'effet cumulatif d'une telle preuve peut s'avérer suffisant pour établir un fait en litige. McCormick, en proposant un critère semblable pour déterminer la pertinence, lequel consiste à se demander si l'élément de preuve en question rend la déduction souhaitée [TRADUCTION] «plus probable qu'elle ne le serait» sans cet élément de preuve, a fait remarquer avec justesse qu'une [TRADUCTION] «brique n'est pas un mur» (*Evidence* (2nd ed. 1972), aux pp. 436 et 437).

Comme je l'ai déjà dit, les dispositions qui ont précédé l'art. 12 et, en fait, l'art. 12 lui-même, en rendant admissibles en preuve toutes les condamnations antérieures aux fins d'attaquer la crédibilité d'un témoin (à quoi d'autre une telle preuve pourrait-elle légitimement servir?), traduisent nécessairement un jugement de la part du législateur que cette preuve se rapporte à la crédibilité. À moins qu'il ne soit démontré d'une manière convaincante que la preuve de condamnations antérieures n'est pas pertinente à cette fin, le fait que des gens raisonnables puissent ne pas être d'accord quant à sa pertinence témoigne simplement de l'impossibilité d'obtenir l'unanimité sur des questions relevant du bon sens et de l'expérience humaine.

Qui plus est, j'estime pour ma part qu'il vaut mieux pencher du côté de l'inclusion. Ces doutes seraient appropriés en appréciant le poids ou la valeur probante qui doivent être attribués à cette preuve, car personne n'a jamais laissé entendre que toutes les condamnations antérieures influent de la même manière sur la crédibilité d'un témoin. Comme l'a dit le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339 (C.A. Ont.), à la p. 342:

The fact that a witness has been convicted of a crime is relevant to his trustworthiness as a witness. Obviously, convictions for offences involving dishonesty or false statements have a greater bearing on the question whether a witness is or is not likely to be truthful, than convictions for offences such as dangerous driving or assault. The probative value of prior convictions with respect to the personal trustworthiness of the witness also varies according to the number of prior convictions and their proximity or remoteness to the time when the witness gives evidence. A jury might well be justified in concluding that a conviction, even for a serious offence committed many years before, was of little if any value in relation to the credibility of a witness if he had since that time lived an honest life.

Finally, as we shall see, a salutary judicial discretion exists to ensure that this otherwise relevant and admissible evidence will be excluded where the interests of justice so require.

Section 12 and the Accused as Witness

Once an accused was made competent to testify in his own defence it was soon accepted that his position *qua* witness was, for the purposes of what is now s. 12, generally assimilated to that of an ordinary witness. In *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407 (Ont. C.A.), Osler J.A. stated, at pp. 411 and 412-13:

The right, and if such it can be called, the privilege, of the accused now is to tender himself as a witness. When he does so he puts himself forward as a credible person, and except in so far as he may be shielded by some statutory protection, he is in the same situation as any other witness, as regards liability to and extent of cross-examination.

[An accused person] incurs the risk if he chooses to testify on his own behalf of having such convictions proved against him for the purpose of affecting his credit, and thereby incidentally of prejudicing his position with the jury in regard to the charge then on trial — a risk which, by the Imperial Act, it has been deemed proper to exclude.

[TRADUCTION] Le fait qu'un témoin a été reconnu coupable d'un crime est pertinent relativement à sa crédibilité en tant que témoin. Évidemment, des condamnations pour des infractions où il est question de malhonnêteté ou de fausses déclarations ont une influence plus grande sur la question de savoir si un témoin est susceptible de dire la vérité que celle qu'ont des déclarations de culpabilité d'infractions telles que la conduite dangereuse d'un véhicule automobile ou les voies de fait. La valeur probante des condamnations antérieures, en ce qui concerne la crédibilité personnelle du témoin, varie aussi en fonction de leur nombre et du temps écoulé entre leur perpétration et le moment où le témoin fait sa déposition. Un jury pourrait bien être justifié de conclure qu'une condamnation, même pour une infraction grave commise bien des années auparavant, a peu ou point de valeur relativement à la crédibilité d'un témoin qui a depuis lors vécu honnêtement.

Finalement, comme nous allons le constater, les tribunaux détiennent un pouvoir discrétionnaire salutaire qui leur permet d'assurer que cette preuve par ailleurs pertinente et admissible sera exclue lorsque cela s'impose dans l'intérêt de la justice.

L'article 12 et l'accusé en tant que témoin

Dès que les accusés eurent été habilités à témoigner pour assurer leur propre défense, on n'a pas tardé à reconnaître que leur position en tant que témoins était, aux fins de ce qui constitue maintenant l'art. 12, généralement comparable à celle d'un témoin ordinaire. Dans l'arrêt *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407 (C.A. Ont.), le juge Osler a dit, aux pp. 411, 412 et 413:

[TRADUCTION] L'accusé jouit à présent du droit et, si on peut dire, du privilège de témoigner lui-même. S'il le fait, il se présente comme une personne digne de foi et, sauf dans la mesure où il bénéficie d'une protection légale quelconque, il se trouve sur le même pied que n'importe quel autre témoin quant à la possibilité d'avoir à subir un contre-interrogatoire et quant à l'ampleur de celui-ci.

[L'accusé] qui choisit de témoigner pour son propre compte court le risque qu'on se serve de ses condamnations antérieures pour mettre en doute sa crédibilité et, par le fait même, de compromettre accessoirement sa position vis-à-vis du jury relativement à l'accusation alors en cause — risque qu'on a jugé à propos d'écartier en vertu de la loi impériale.

It is, I think, self-evident that if previous convictions are viewed as relevant and *prima facie* admissible with respect to an ordinary witness' credibility, they are no less so with respect to an accused who testifies in his own defence, for he is thereby asking the jury to accept his word. This, however, is where the parallel ends. As Osler J.A. observed, the introduction of such evidence carries with it the potential for incidentally prejudicing the accused's position with the jury respecting the merits of the case. This is so because the evidence might be accepted as tending to prove not merely lack of credibility, but that the accused is a 'bad' person and therefore possessed of a propensity or disposition to commit any kind of crime, including that of which he is charged. This concern was addressed by the appellant at length and is a matter about which I shall have more to say later. The Imperial Act to which Osler J.A. referred, namely, the *Criminal Evidence Act*, 1898, will also be discussed below.

To mitigate against this risk of prejudice, the law came to require that the judge give a limiting instruction to the jury to the effect that while such evidence could be used to impeach the accused's credibility, it could not be used as proof of the accused's guilt: see, e.g., *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283 (Sask. C.A.), at p. 354. Additionally, it was held that the trial judge may, and sometimes must, where appropriate, provide guidance to the jury respecting the tenuous probative value of some convictions in relation to credibility; see *Brown and Stratton*, *supra*.

A further protection against the potentially prejudicial effects of allowing previous convictions of the accused into evidence was introduced in *R. v. Powell* (1977), 37 C.C.C. (2d) 117 (Ont.) In that case, Misener Co. Ct. J. considered that prior to this Court's decision in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, there existed a broad discretion in a trial judge to exclude evidence if its probative value was significantly outweighed by its potential prejudicial effect. Although he thought the generality of this discretion had been cut down by that decision, he believed that this restriction applied only to

À mon avis, il va de soi que, si des condamnations antérieures sont considérées comme pertinentes et admissibles à première vue relativement à la crédibilité d'un témoin ordinaire, elles ne le sont pas moins dans le cas d'un accusé qui témoigne pour assurer sa propre défense, car il se trouve par là à demander au jury d'ajouter foi à ses dires. La comparaison s'arrête toutefois là. Comme l'a fait remarquer le juge Osler, la production d'une telle preuve risque de compromettre accessoirement la position de l'accusé par rapport au jury quant au fond du litige. Cela tient à ce que cette preuve pourrait être admise comme tendant à établir non seulement le manque de crédibilité, mais aussi le fait que l'accusé est une «mauvaise» personne qui a, en conséquence, une propension ou une tendance à commettre tous les genres de crimes, y compris celui dont il est inculpé. L'appelant a beaucoup insisté sur ce point et j'y reviendrai plus loin. La loi impériale à laquelle fait allusion le juge Osler, savoir la *Criminal Evidence Act*, 1898, fera également l'objet d'un examen.

Pour atténuer ce risque de préjudice, on en est venu à exiger du juge qu'il fasse dans son exposé au jury une mise en garde portant que même si cette preuve peut être utilisée pour attaquer la crédibilité de l'accusé, on ne saurait s'en servir comme preuve de sa culpabilité: voir, par exemple, *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283 (C.A. Sask.), à la p. 354. De plus, on a conclu que le juge du procès peut, et parfois doit, si c'est indiqué, donner au jury des directives concernant la faible valeur probante de certaines condamnations relativement à la question de la crédibilité; voir les arrêts *Brown et Stratton*, précités.

Une protection supplémentaire contre les effets potentiellement préjudiciables de l'admission en preuve des condamnations antérieures de l'accusé a été établie dans la décision *R. v. Powell* (1977), 37 C.C.C. (2d) 117 (Ont.) Dans cette affaire, le juge Misener de la Cour de comté a estimé que, antérieurement à l'arrêt de cette Cour *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, le juge du procès possédait un large pouvoir discrétionnaire d'écarter tout élément de preuve dont la valeur probante se révélait nettement inférieure à son effet préjudiciable possible. Même s'il croyait que cet arrêt était venu

substantive issues and not to issues of credibility. At page 119, he set forth his reasons for this view as follows:

In my view, where the evidence tendered goes only to the credibility, there is a discretion in the interests of a fair trial, in other words, in the interests of ensuring that the accused is judged on the substantive facts and that the accused is not put in the position of having evidence that relates only to credibility introduced which might well gravely prejudice him on the substantive issues. In my view, there is a discretion in the Court to exclude such evidence, which in this case takes the form, of course, of evidence of previous convictions. That kind of evidence does, in the minds of ordinary citizens, reflect upon the character of the accused. This proposition was recognized to the extent that such a proposition can be recognized by the Court in *R. v. Tennant and Naccarato* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, 7 O.R. (2d) 687, 31 C.R.N.S. 1. At p. 102 C.C.C., p. 25 C.R.N.S., the Court said that the prejudice occasioned by the fact that a criminal record reflects upon the character of the accused is in this day no longer a matter of serious conjecture. It seems to me therefore, that a discretion to exclude evidence that relates entirely to credibility, or is put forth entirely on the basis of credibility, still remains if the weight of the evidence with respect to the issue of credibility is tenuous and if the prejudicial effect to the accused on the substantive issue may well be very great.

This lead was followed by the Ontario High Court in *R. v. Skehan* (1978), 39 C.C.C. (2d) 196.

The recognition of a residual discretion to exclude such evidence was, however, short-lived. Six months following *Skehan*, *supra*, the Ontario Court of Appeal, in *Stratton*, *supra*, held that there is no judicial discretion to exclude evidence rendered admissible by s. 12. Martin J.A., who delivered the judgment of the court, noted that in *D'Aoust*, *supra*, s. 12 had been held to be applicable to accused persons, and pointed out that that case had never been challenged on this point. He also noted that this conclusion was consistent with the English position, for in enacting the *Criminal Evidence Act*, 1898, whereby the accused was

restreindre le caractère général de ce pouvoir discrétionnaire, il a estimé que la restriction s'appliquait uniquement aux questions de fond et non pas à celles touchant la crédibilité. À la page 119, il explique ainsi le fondement de son opinion:

[TRADUCTION] À mon avis, lorsque la preuve produite porte uniquement sur la crédibilité, il existe un pouvoir discrétionnaire qu'il faut exercer pour assurer la tenue d'un procès équitable, en d'autres termes, pour assurer que l'accusé est jugé en fonction de la preuve de fond et qu'aucune preuve ne soit présentée qui se rapporte uniquement à la crédibilité et qui puisse lui causer un préjudice grave en ce qui concerne les questions de fond. J'estime que la cour possède le pouvoir discrétionnaire d'écarter une telle preuve, laquelle revêt évidemment en l'espèce la forme d'une preuve de condamnations antérieures. Dans l'esprit du citoyen ordinaire, ce genre de preuve met en doute la bonne moralité de l'accusé. Il s'agit là d'une proposition qui a été reconnue, dans la mesure où la cour peut le faire, dans *R. v. Tennant and Naccarato* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, 7 O.R. (2d) 687, 31 C.R.N.S. 1. À la page 102 C.C.C., p. 25 C.R.N.S., la cour affirme que le préjudice causé par le fait qu'un casier judiciaire met en doute la bonne moralité de l'accusé n'est plus sérieusement contesté de nos jours. Il me semble donc qu'un pouvoir discrétionnaire d'exclure tout élément de preuve qui se rapporte exclusivement à la crédibilité ou dont la production est fondée entièrement sur la crédibilité, peut encore s'exercer si la valeur probante de la preuve portant sur la question de la crédibilité est faible et si l'effet préjudiciable pour l'accusé relativement à la question de fond risque d'être très important.

La Haute Cour de l'Ontario s'est engagée dans la même voie dans la décision *R. v. Skehan* (1978), 39 C.C.C. (2d) 196.

La reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure une telle preuve s'est révélée de courte durée. En effet, six mois après la décision *Skehan*, précitée, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Stratton*, précité, a statué qu'il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve rendue admissible par l'art. 12. Le juge Martin, qui a prononcé le jugement de la cour, a fait observer que, dans l'arrêt *D'Aoust*, précité, l'art. 12 avait été jugé applicable aux personnes accusées et que, sur ce point, l'arrêt *D'Aoust* n'avait jamais été attaqué. Il a souligné en outre que cette conclusion cadrait avec la position

rendered a competent witness, it had been felt necessary to safeguard an accused person from automatic disclosure of his criminal record.

Martin J.A. also recognized the danger that the jury may find it difficult to confine evidence of previous convictions to the issue of credibility and use it for the forbidden purpose of determining that the accused is a person likely from his criminal conduct to have committed the offence. However, he concluded that s. 12 did not admit of a discretion to exclude such evidence and disapproved of the contrary opinions expressed in *Powell and Skehan, supra*. Because I respectfully disagree with the learned judge's conclusion on this, the central issue in this appeal, the reasons for this conclusion will be subjected to closer scrutiny. It is first necessary, however, to look more carefully at the nature of the prejudice that s. 12 is said to occasion.

The Nature of the Prejudice

Simply put, the appellant's submissions are two-fold: first, that the admission into evidence of an accused's previous convictions harbours the potential to prejudice profoundly the fairness of the accused's trial; and second, that some means (constitutional or otherwise) must exist to negate that potential.

For the reasons that follow, and in the face of a resoundingly uniform body of judicial and academic opinion, as well as empirical evidence to the effect that the section's actual or putative operation is capable of causing manifold prejudice to the interests of the accused (and, for that matter, of the public) in a fair trial, one cannot help but concede the force of the appellant's submissions regarding prejudice. By prejudice is meant, of course, that the acceptance of such evidence could operate unfairly and unjustly, and not merely unfortunately to the accused; see *Wray, supra*, per

anglaise car, en adoptant la *Criminal Evidence Act*, 1898, qui habilitait les accusés à témoigner, on avait cru nécessaire de protéger les accusés contre la divulgation automatique de leurs casiers judiciaires.

Par ailleurs, le juge Martin a reconnu le danger que le jury éprouve de la difficulté à n'appliquer la preuve de condamnations antérieures qu'à la question de la crédibilité et qu'il s'en serve dans le but interdit de déterminer que l'accusé est une personne qui, à en juger par sa conduite criminelle, a probablement commis l'infraction en cause. Il a toutefois conclu que l'art. 12 n'admettait pas l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'écarter une telle preuve et a désapprouvé les avis contraires exprimés dans les décisions *Powell* et *Skehan*, précitées. Puisque, malgré tout le respect que je lui dois, je ne souscris pas à la conclusion du savant juge sur ce point, qui constitue la question fondamentale soulevée en l'espèce, les motifs de sa conclusion seront soumis à un examen plus attentif. Toutefois, il est d'abord nécessaire d'examiner de plus près la nature du préjudice qui, prétend-on, résulte de l'art. 12.

La nature du préjudice

L'appelant avance tout simplement deux arguments. Il allègue en premier lieu que l'admission en preuve des condamnations antérieures d'un accusé risque de porter gravement préjudice au caractère équitable de son procès. En deuxième lieu, il soutient qu'il doit exister un moyen quelconque (constitutionnel ou autre) de supprimer ce risque.

Pour les raisons exposées ci-après et devant l'uniformité éclatante des opinions exprimées dans la jurisprudence et la doctrine et compte tenu d'une preuve empirique établissant que l'application réelle ou théorique de l'article en question risque à divers titres de préjudicier à l'intérêt qu'a l'accusé (et même le public) à ce que le procès soit équitable, on ne peut que convenir de la force des arguments de l'appelant relativement au préjudice. Par préjudice il faut entendre, bien sûr, que l'acceptation d'une telle preuve pourrait avoir des conséquences inéquitables et injustes, et non seule-

Martland J. at p. 293; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.)

The most obvious way in which this prejudice manifests itself arises from the fact that the operation of s. 12 significantly, and often invidiously, circumvents the complex of rules that precludes, in general, the introduction by the Crown of evidence of an accused's "bad character", or disposition for criminal activity or discreditable acts not related to the charge. This proscription, described by Viscount Sankey L.C. in *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, at p. 317, as "one of the most deeply rooted and jealously guarded principles of our criminal law", was expressed in the seminal case of *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.), as follows:

It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to show that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried.

(*Per* Lord Herschell L.C., at p. 65.)

The rationale for this admonition, that an individual is to be tried not for the kind of person he may be but for the offence he may have committed, has been eloquently expressed by Karl Llewellyn in the following terms (quoted in Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 335):

Angel or devil, a man has a claim to a fair trial of his guilt. Angel or devil, he has a claim to a fair trial, not of his general social desirability, but of his guilt of *the specific offense* charged against him. Such is the letter of our law. Such also is our law's spirit. For letter and for spirit there is a reason. Law is administered by men. We do not trust men to be wholly wise, or wholly fair The job of court and jury is to see *whether* the suspect has committed *the particular offense*

ment malheureuses pour l'accusé; voir *Wray*, précité, le juge Martland, à la p. 293; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.)

^a La manifestation la plus évidente de ce préjudice vient de ce que l'application de l'art. 12 contourne sensiblement, et souvent injustement, l'ensemble de règles qui, en général, interdisent au ministère public de produire une preuve soit de la «mauvaise moralité» d'un accusé, soit de sa propension à exercer des activités criminelles ou à commettre des actes déshonorants qui n'ont rien à voir avec l'accusation en question. Cette proscription, décrite par le lord chancelier le vicomte Sankey dans l'arrêt *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, précité, à la p. 317, comme [TRADUCTION] «l'un des principes les plus profondément enracinés et les plus jalousement protégés de notre droit criminel», est exprimée ainsi dans l'arrêt de principe *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (C.P.):

^e [TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que la poursuite ne peut, aux fins d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite criminelle ou de sa réputation, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation.

^f (Le lord chancelier Herschell, à la p. 65.)

^g La raison d'être de cet avertissement concernant l'obligation de juger un individu non pas en fonction du type de personne qu'il peut être, mais en fonction de l'infraction qu'il a pu commettre, a été éloquentement exposée par Karl Llewellyn dans le passage reproduit ci-après (cité dans Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 335):

^h [TRADUCTION] Fût-il un ange ou fût-il un démon, tout homme a droit à ce que sa culpabilité soit déterminée au cours d'un procès équitable. Fût-il un ange ou fût-il un démon, il a droit à un procès équitable en vue de déterminer non pas son utilité générale dans la société, mais sa culpabilité de *l'infraction précise* qu'on lui impute. Telle est la lettre de la loi. Telle est également son esprit. Et la lettre et l'esprit ont leur raison d'être. La loi est appliquée par des hommes. Or, nous ne pouvons compter sur des hommes pour être parfaitement sages, ni parfaitement justes [. . .] Il incombe donc à la cour et au jury de juger *si* le suspect a commis *l'infraction particulière*

However, as Martin J.A. observed in *Stratton*, *supra*, by assimilating an accused to the position of an ordinary witness, s. 12 places the trier of fact in the unenviable position of entertaining at once two highly, and often impossibly dissonant trains of thought. As Ratushny points out, the trier of fact is entitled to infer that because the accused committed criminal acts in the past he or she is now more likely to lie, but that same trier of fact is not entitled to infer therefrom that the accused is also more likely to have committed the evil act for which he is now on trial (*supra*, at pp. 336-37). Ironically, however, as a matter of logic and human experience which are, after all, our touchstones in the present inquiry, the probative value of such evidence to the latter question (of guilt) appears to be far more prepossessing.

This perception, as Hutcheon J.A. demonstrated in the Court of Appeal, is shared by academics, practitioners and judges alike; see, for example, Friedland, *loc. cit.*, esp. at p. 658; Teed, "The Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act upon an Accused" (1970-71), 13 *Crim. L.Q.* 70, esp. at pp. 75-76. Indeed, with respect to evidence of crimes similar to that for which the accused is being tried, it is, to say the least, ironic that the carefully considered judicial criteria that require similar fact evidence to be rejected unless it reaches such a high level of probative value as to outweigh any prejudice that may arise from its admission, should, by virtue of s. 12, automatically cease to obtain. This starkly highlights the fact that the prejudice explicitly recognized by the law does not cease to obtain merely because of the accused's decision to testify.

I agree with Professor Friedland, *loc. cit.*, that the law's sedulously fostered position, that the character of an accused may not be considered unless he first raises the issue or unless the Crown meets the criteria of similar fact evidence, ought not easily yield to what a Law Reform Commission of Canada paper has described as "the fallacy

Toutefois, comme l'a fait observer le juge Martin dans l'arrêt *Stratton*, précité, en assimilant un accusé à un témoin ordinaire, l'art. 12 met le juge des faits dans la position peu enviable d'avoir à garder simultanément présentes à l'esprit deux idées hautement, et souvent irréductiblement, discordantes. Comme le souligne Ratushny, le juge des faits est en droit de déduire que parce que l'accusé a commis des actes criminels dans le passé, il est maintenant plus susceptible de mentir, mais ce même juge ne saurait en déduire que l'accusé est également plus susceptible d'avoir commis l'acte répréhensible pour lequel il subit actuellement son procès (précité, aux pp. 336 et 337). Ironiquement toutefois, selon la logique et l'expérience humaine qui sont, après tout, nos pierres de touche dans la présente étude, la valeur probante d'une telle preuve relativement à cette dernière question (celle de la culpabilité) paraît beaucoup plus grande.

Cette impression, comme l'a démontré le juge Hutcheon en Cour d'appel, est partagée à la fois par les auteurs de doctrine, par les avocats praticiens et par les juges; voir, par exemple, Friedland, *loc. cit.*, particulièrement à la p. 658; Teed, «The Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act upon an Accused» (1970-71), 13 *Crim. L.Q.* 70, particulièrement aux pp. 75 et 76. En fait, pour ce qui est de la preuve de crimes semblables à celui pour lequel l'accusé subit son procès, il est pour le moins ironique que les critères judiciaires soigneusement élaborés, qui exigent le rejet de toute preuve de faits similaires, à moins que sa valeur probante ne soit à ce point élevée qu'elle l'emporte sur tout préjudice pouvant résulter de son admission, devraient, suivant l'art. 12, cesser automatiquement de s'appliquer. Il en ressort nettement que le préjudice explicitement reconnu par la loi ne disparaît pas du simple fait que l'accusé décide de témoigner.

Je suis d'accord avec le professeur Friedland, *loc. cit.*, pour dire que la position juridique qu'on s'est tant appliqué à maintenir, selon laquelle la moralité d'un accusé ne saurait être prise en considération que si c'est lui qui soulève la question en premier lieu ou si le ministère public satisfait aux critères en matière de preuve de faits similaires, ne

[in s. 12] that it is rational to treat the accused like an ordinary non-party witness" (*Evidence* (1972), Study Paper No. 3: "Credibility", at p. 8). Furthermore, I think it self-evident that the law cannot profess to learn from common sense and experience and yet selectively ignore such lessons. I also think it significant that I have not unearthed any academic or empirical evidence tending to undermine these observations. Indeed, quite the contrary is true; see Wissler and Saks, "On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt" (1985), 9 *Law and Human Behavior* 37; Ratushny, *op. cit.*; Friedland, *loc. cit.*

Nor, in my opinion, ought the law simply to assert away this problem by reflexively invoking the virtues of the jury system, and in particular the time-honoured and obviously practical and necessary assumption that jurors are eminently capable of following a judge's limiting instructions respecting the uses to which evidence may be put, as seems to be done in some cases; see, for example, *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (Wash. Ct. App. 1982); *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.), at p. 279. These cases, indeed, appear to suggest that to acknowledge the problem somehow undermines the justification for the jury system.

It seems to me that it is specious to say that to recognize what we know from experience to be the limitations of the human reasoning process is simultaneously to discredit the general utility of the jury as an instrument of justice. Indeed, an appreciation of human limitations can only redound to the benefit of the system as a whole by ensuring that these are accounted for and protected against. We deceive ourselves if we expect the jury to reason in ways that we, as lawyers and judges, know from experience to be often unrealistic, if not impossible.

devrait pas facilement céder le pas devant le fait, souligné dans un document de la Commission de réforme du droit du Canada, que «L'article 12 [...] présume à tort qu'il est logique de traiter l'accusé de la même manière qu'un témoin qui n'est pas partie au procès» (*La preuve* (1972), Document préliminaire n° 3: «La crédibilité», à la p. 8). De plus, j'estime qu'il est évident en soi que le droit ne saurait professer de tirer leçon du bon sens et de l'expérience tout en refusant d'en tenir compte dans certaines situations. Selon moi, il est aussi révélateur que je n'aie pu découvrir aucune preuve théorique ou empirique tendant à contredire ces observations. En fait, c'est tout le contraire; voir Wissler et Saks, «On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt» (1985), 9 *Law and Human Behavior* 37; Ratushny, *op. cit.*; Friedland, *loc. cit.*

À mon avis, le droit ne devrait pas non plus se contenter de nier l'existence de ce problème, comme on semble le faire dans certains cas, en obéissant au réflexe de vanter les mérites du système de jurys et, en particulier, d'invoquer la thèse, consacrée par l'usage et manifestement pratique et nécessaire, suivant laquelle les jurés sont parfaitement capables de suivre les directives du juge concernant les fins limitées auxquelles peut servir la preuve; voir, par exemple, *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (Wash. Ct. App. 1982); *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (C.S. Ont.), à la p. 279. Il paraît en fait ressortir de cette jurisprudence que reconnaître l'existence du problème revient en quelque sorte à miner la justification du système de jurys.

Il me semble trompeur d'affirmer qu'en reconnaissant ce qui, d'après l'expérience, constitue les limites du raisonnement humain, nous nous trouvons en même temps à minimiser l'utilité générale du jury en tant qu'instrument de justice. De fait, la conscience des limites humaines ne peut que profiter au système dans son ensemble en garantissant qu'il en sera tenu compte et que des mesures seront prises pour y parer. Nous nous leurrions si nous nous attendons à ce que les jurés adoptent des modes de raisonnement qui, nous le savons bien grâce à notre expérience d'avocats et de juges, sont souvent irréalistes, voire impossibles.

Other, clearly related ways in which such prejudice may manifest itself have also been suggested by Ratushny, *op. cit.*, at pp. 340-41, whose views on these matters are quite representative. First, the introduction of such evidence can prejudice the accused by effectively relaxing the standard of proof necessary for a finding of guilt. It is argued that a trier of fact might be less concerned about erroneously convicting a known criminal than a person with an unblemished past. As Ratushny observes, at p. 341, “[s]uch a result runs entirely contrary to the whole basis of our criminal process”.

Ratushny, at p. 341, suggests compounding dangers, arising out of the fact that, not unnaturally, it is often the presence of previous convictions that lead police to suspect and charge a person in the first place, sometimes on tenuous grounds. Thus a “vicious circle” may ensue. A person is suspected and investigated because of his record and the existence of that record increases the likelihood of his conviction. Ratushny thus concludes, at p. 341:

The innocent accused who has a previous record is, therefore, caught in a cruel dilemma at his trial. Does he take the witness stand to offer his explanation, facing the likelihood that he will be convicted anyway because of his past misconduct? Or does he simply remain silent and permit adverse inferences to be drawn from his failure to offer an explanation even though he may well have such an explanation?

This latter observation suggests a different aspect of the prejudice argument, namely, the concern that s. 12 operates so as to result in the unequal ability of accused persons to conduct their defence, a concern also raised by the Law Reform Commission of Canada study paper already referred to (*loc. cit.*, at p. 9); see also Wright, “Evidence — Credibility of Witness — Cross-Examination as to Previous Conviction” (1940), 18 *Can. Bar Rev.* 808, at p. 810.

D’autres manières, nettement connexes, par lesquelles un tel préjudice peut se manifester, ont été évoquées par Ratushny, *op. cit.*, aux pp. 340 et 341. Ses opinions sur ce point sont très représentatives. Premièrement, la production d’une telle preuve peut nuire à l’accusé en apportant un assouplissement effectif de la norme de preuve à laquelle il faut satisfaire pour obtenir un verdict de culpabilité. Il se pourrait, dit-on, qu’un juge des faits ait moins de réticence à rendre un verdict de culpabilité erroné contre un criminel notoire qu’il n’en éprouve dans le cas d’une personne au passé sans reproche. Comme le fait observer Ratushny à la p. 341, [TRADUCTION] «[p]areil résultat est tout à fait contraire au fondement même de notre processus criminel».

Toujours à la p. 341, Ratushny laisse entendre que le danger est aggravé du fait que, ce qui est naturel d’ailleurs, c’est souvent l’existence de condamnations antérieures qui amène la police à soupçonner et à inculper une personne, parfois pour des motifs bien ténus. Cette situation peut créer un «cercle vicieux». Une personne est soupçonnée et fait l’objet d’une enquête à cause de son casier judiciaire et l’existence de ce casier judiciaire augmente les chances d’une déclaration de culpabilité. C’est ainsi que Ratushny conclut, à la p. 341:

[TRADUCTION] À son procès, l’accusé innocent qui a des antécédents judiciaires se trouve en conséquence devant un dilemme cruel. Se présentera-t-il à la barre des témoins pour donner une explication, auquel cas il sera probablement reconnu coupable de toute façon en raison de son inconduite antérieure? Ou doit-il simplement garder le silence et permettre qu’on tire de son omission de s’expliquer des conclusions défavorables, même s’il peut très bien être en mesure de fournir une explication?

Cette dernière observation évoque un aspect différent de l’argument relatif au préjudice, savoir la crainte que l’art. 12 n’ait pour effet d’entraîner l’inégalité quant à la capacité des accusés de se défendre, crainte qu’a exprimée également la Commission de réforme du droit du Canada dans le document préliminaire susmentionné (*loc. cit.*, à la p. 9); voir en outre Wright, «Evidence — Credibility of Witness — Cross-Examination as to Previous Conviction» (1940), 18 *R. du B. can.* 808, à la p. 810.

Finally, empirical evidence suggests that s. 12 does, indeed, operate so as unequally to affect the ability of accused persons to defend themselves, particularly when the previous convictions allowed into evidence are of crimes similar to that with which they are charged. The various studies are reviewed by Wissler and Saks, *loc. cit.*, esp. at pp. 38-39 and 43-44. Moreover, Ratushny, at p. 341, refers to a survey indicating that in Canada accused persons will more frequently choose not to testify than in England, where cross-examination on previous convictions is specifically restricted and subject to an overriding judicial discretion to avoid undue prejudice. However vulnerable to methodological or other criticism these results may be, I think it significant that these studies uniformly tend to support the appellant's contention that s. 12 is capable of operating prejudicially against an accused. Having satisfied myself that the risk of prejudice is by no means speculative or illusory, I now turn to the question whether s. 12 admits of a discretion in the trial judge to prevent such prejudice materializing.

The Holding in *Stratton* and the Discretion to Exclude

As I stated earlier, I find myself, with respect, unable to agree with the conclusion in *Stratton*, *supra*, that there is no discretion to exclude prejudicial evidence of previous convictions in an appropriate case, and I now propose to set forth the nature of this disagreement. On my reading of that case, it is readily apparent that Martin J.A. was of the view that in order to find such a discretion it was necessary that it be expressly conferred by s. 12 itself. He nowhere addressed the possibility that the discretion existed at common law and had not been extinguished by s. 12. At page 461, the learned judge stated:

Finallyment, il existe des éléments de preuve empiriques qui indiquent que l'art. 12 a réellement pour effet de créer l'inégalité en ce qui concerne la capacité des accusés de se défendre, surtout lorsque les condamnations antérieures admises en preuve se rapportent à des crimes semblables à celui dont ils se trouvent accusés. Wissler et Saks, *loc. cit.*, particulièrement aux pp. 38 et 39, 43 et 44, passent en revue les différentes études portant sur ce sujet. De plus, Ratushny, à la p. 341, mentionne une étude qui indique qu'au Canada les accusés choisissent plus fréquemment de ne pas témoigner que ce n'est le cas en Angleterre où le contre-interrogatoire relativement aux condamnations antérieures est expressément limité et assujéti à un pouvoir discrétionnaire général qui permet aux tribunaux d'éviter qu'un préjudice indu ne soit causé. Quelle que soit la mesure dans laquelle ces résultats donnent prise à une critique méthodologique ou autre, je crois qu'il est important de souligner que les études en question tendent uniformément à appuyer l'argument de l'appelant selon lequel l'art. 12 est susceptible de jouer contre l'accusé. Étant convaincu que le risque de préjudice n'a rien de spéculatif ni d'illusoire, j'en viens maintenant à la question de savoir si l'art. 12 admet l'existence d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel le juge du procès peut empêcher un tel préjudice de se concrétiser.

L'arrêt *Stratton* et le pouvoir discrétionnaire de prononcer l'exclusion

Comme je l'ai dit précédemment, je me vois incapable de souscrire à la conclusion tirée dans l'arrêt *Stratton*, précité, selon laquelle il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire d'écarter, lorsque cela est indiqué, toute preuve préjudiciable de condamnations antérieures et je compte maintenant exposer la nature de ce désaccord. Selon mon interprétation de cet arrêt, il est bien évident que, de l'avis du juge Martin, ce pouvoir discrétionnaire doit être expressément conféré par le texte même de l'art. 12, sans quoi on ne saurait conclure à son existence. Il n'a, à aucun moment, examiné la possibilité que ce pouvoir discrétionnaire existe en *common law* et que l'art. 12 ne soit pas venu l'abolir. À la page 461, le savant juge affirme:

Central to the premise that the trial Judge has such a discretion is the interpretation of the provision in s. 12 that a witness "may" be questioned with respect to previous convictions as conferring a discretion on the Judge to disallow such questioning.

Having so characterized the issue, he concluded that the word "may" did not give an exclusionary discretion to the trial judge but merely referred to the prosecutorial discretion to adduce such evidence.

In reaching this conclusion, Martin J.A. rejected a line of American cases which had viewed the central question in ascertaining the effect of a similarly worded statute to be whether the statute "leaves room" for such a discretion. In *Luck v. United States*, 348 F.2d 763 (1965), McGowan, Circuit Judge, speaking for a majority of the Court of Appeals, District of Columbia Circuit, said, at pp. 767-68:

Section 305 is not written in mandatory terms. It says, in effect, that the conviction "may", as opposed to "shall", be admitted; and we think the choice of words in this instance is significant. The trial court is not required to allow impeachment by prior conviction every time a defendant takes the stand in his own defense. The statute, in our view, leaves room for the operation of a sound judicial discretion to play upon the circumstances as they unfold in a particular case. [Emphasis added.]

Martin J.A. preferred the dissenting opinion given by Danaher, Circuit Judge in that case to the effect that the provision was directed to prosecutorial discretion, not to the admission of evidence.

For my part, I respectfully favour the view of McGowan J. that the word "may" in the provision in that case, as well as in s. 12, did not require the trial judge to admit all convictions, but rather left room for the exercise of a "sound judicial discretion" that existed independently of the statute. That discretion, we saw, exists at common law, being one of the fundamental postulates of the law

[TRANSDUCTION] La prémisse voulant que le juge du procès possède un tel pouvoir discrétionnaire repose essentiellement sur l'interprétation selon laquelle la disposition de l'art. 12 portant qu'un témoin «peut» être interrogé relativement à ses condamnations antérieures confère au juge le pouvoir discrétionnaire de ne pas permettre ce genre d'interrogatoire.

Ayant ainsi qualifié la question en litige, il a conclu que le mot «peut», loin d'investir le juge du procès d'un pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve en question, exprimait simplement le fait que la poursuite détenait un pouvoir discrétionnaire de produire ladite preuve.

En tirant cette conclusion, le juge Martin a rejeté une série de décisions américaines dans lesquelles on avait jugé que la question cruciale aux fins de déterminer l'effet d'une loi rédigée d'une manière semblable à celle dont il s'agit en l'espèce est de savoir si son texte «permet» un tel pouvoir discrétionnaire. Dans l'arrêt *Luck v. United States*, 348 F.2d 763 (1965), le juge de circuit McGowan, s'exprimant au nom de la Court of Appeals, circuit du district de Columbia, affirme aux pp. 767 et 768:

[TRANSDUCTION] L'article 305 n'a rien d'impératif. Il porte en fait que la condamnation «peut», par opposition à «doit», être admise en preuve; et nous estimons que les mots choisis dans le présent cas sont révélateurs. En effet, le tribunal de première instance n'est pas tenu de permettre qu'on invoque des condamnations antérieures pour attaquer la crédibilité du défendeur chaque fois que celui-ci témoigne pour sa propre défense. La Loi, selon nous, permet que les tribunaux exercent un saine pouvoir discrétionnaire en tenant compte des circonstances qui se présentent dans chaque cas. [Je souligne.]

Le juge Martin a préféré l'opinion dissidente exprimée par le juge de circuit Danaher dans cette affaire, portant que la disposition visait le pouvoir discrétionnaire de la poursuite et non l'admission d'éléments de preuve.

Pour ma part, je préfère le point de vue du juge McGowan selon lequel le mot «peut» figurant dans la disposition en cause dans cette affaire, ainsi que dans l'art. 12, n'exigeait pas que le juge du procès admette en preuve toutes les condamnations, mais permettait plutôt l'exercice d'un [TRANSDUCTION] «saine pouvoir discrétionnaire» qui existait indépendamment de la Loi. Ce pouvoir discrétionnaire,

of evidence. It is frequently identified with the *Wray* case, *supra*, where Cartwright C.J., albeit in dissent, observed that “[t]he discretionary power, if it exists, is not created by any statute but rests upon judicial decisions” (p. 281). This was obviously accepted by the majority of this Court, which concluded, albeit in *obiter*, that a general discretionary power to exclude prejudicial evidence did exist. That discretion is, in my view, so fundamental to the notion of a fair trial that, even apart from *Charter* considerations, its statutory removal should not lightly be assumed. Section 12 contains no language indicating its removal and accordingly there is nothing to prevent its continuing subsistence.

It should be noted that the view in *Luck*, that the trial judge retains a discretion to exclude evidence of previous convictions where their probative value for impeachment purposes outweighs their prejudicial effect, was adopted in almost every Circuit (*Federal Rules of Evidence Manual*, *op. cit.*, at p. 519), and was substantially incorporated into Rule 609(a) of the *Federal Rules of Evidence*, although that Rule represents, in the words of the *Manual*, “a compromise of sorts” in that while it retains the *Luck* rule, it allows no discretion where the crime of which he was convicted involved dishonesty or false statement.

The approach I suggest is also supported by the English position under s. 1(f) of the *Criminal Evidence Act*, 1898, which reads:

(f.) A person charged and called as a witness in pursuance of this Act shall not be asked, and if asked shall not be required to answer, any question tending to show that he has committed or been convicted of or been charged with any offence other than that wherewith he is then charged, or is of bad character, unless —

nous l’avons vu, existe en *common law*, étant l’un des principes fondamentaux du droit de la preuve. Il est souvent assimilé à l’affaire *Wray*, précitée, où le juge en chef Cartwright, quoique dissident, a fait observer que «[l]e pouvoir discrétionnaire, s’il existe, n’est pas d’origine législative mais judiciaire» (p. 281). Cela a manifestement été accepté par la Cour à la majorité qui a conclu, quoique sous forme d’opinion incidente, qu’il existait effectivement un pouvoir discrétionnaire général d’exclure des éléments de preuve préjudiciables. Ce pouvoir discrétionnaire est, à mon sens, si essentiel à la notion de procès équitable que, même mises à part les considérations relatives à la *Charte*, son abrogation par la loi ne devrait pas être prise à la légère. Rien dans l’art. 12 n’indique qu’il est abrogé et, par conséquent, rien ne l’empêche de continuer à exister.

Il convient d’ailleurs de faire remarquer que l’opinion exprimée dans l’arrêt *Luck*, selon laquelle le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d’exclure toute preuve de condamnations antérieures lorsque leur valeur probante aux fins d’établir le manque de crédibilité l’emporte sur leur effet préjudiciable, a été adoptée dans la quasi-totalité des circuits (*Federal Rules of Evidence Manual*, *op. cit.*, à la p. 519), et a été pour l’essentiel incorporée dans la règle 609a) des *Federal Rules of Evidence*, quoique ladite règle constitue, pour reprendre les termes du *Manual*, [TRADUCTION] «une espèce de compromis» en ce sens que, tout en maintenant la règle posée dans l’arrêt *Luck*, elle n’accorde aucun pouvoir discrétionnaire lorsque le crime dont le défendeur a été déclaré coupable comporte de la malhonnêteté ou de fausses déclarations.

Le point de vue que je préconise est également étayé par la position anglaise sous le régime de l’al. 1f) de la *Criminal Evidence Act*, 1898, dont voici le texte:

[TRADUCTION]

f.) Aucune question tendant à démontrer qu’elle a commis une infraction autre que celle dont elle est alors inculpée, ou qu’elle en a été déclarée coupable ou accusée, ou qu’elle est de mauvaise réputation, ne peut être posée à une personne accusée et appelée à témoigner sous l’empire de la présente loi, et si telle question est posée, cette personne n’est pas tenue de répondre, sauf —

- (i) the proof that he has committed or been convicted of such other offence is admissible evidence to show that he is guilty of the offence wherewith he is then charged; or
- (ii) he has personally or by his advocate asked questions of the witnesses for the prosecution with a view to establish his own good character, or has given evidence of his good character, or the nature or conduct of the defence is such as to involve imputations on the character of the prosecutor or the witnesses for the prosecution; or
- (iii) he has given evidence against any other person charged with the same offence.

Martin J.A. also dealt with this provision. Citing the leading case of *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1970] A.C. 304 (H.L.), he acknowledged that the English case law had affirmed the existence of a discretion to refuse to permit such cross-examination notwithstanding that by the conduct of his defence the accused had triggered that section and thereby *prima facie* exposed himself to such questions. However, he did not find these authorities persuasive since they involved the construction of entirely different statutory provisions (p. 463). Parenthetically, it should be noted that Seaton J.A., in the Court of Appeal, appears to have overlooked these authorities in stating that had the English procedure been available in the present case, cross-examination on the murder conviction would have been permitted.

Selvey makes it clear that the discretion exercised under s. 1(f) of the English Act is a general, subsisting one, not dependent in any way on that section for its continued existence. At page 346, Lord Hodson noted:

The respondent, on the other hand, has contended before your Lordships that the trial judge has no discretion whether to admit or exclude evidence. The words of the section are plain and define the circumstances in which the accused throws away his shield. His protection having ceased, the statute clearly provides that his record may be put to the accused. Where then, he asks, is there room for discretion to be exercised to prevent this being done? The answer is twofold. First, there is a long line of authority to support the opinion that there is

- (i) si la preuve qu'elle a commis ou qu'elle a été déclarée coupable de cette autre infraction est recevable pour démontrer qu'elle a commis l'infraction dont elle est alors inculpée; ou
- (ii) si elle a, personnellement ou par l'entremise de son avocat, interrogé les témoins du poursuivant dans le but d'établir sa propre bonne réputation, ou si elle a donné une preuve de sa bonne réputation, ou si la nature de la défense ou la façon dont elle est conduite est de nature à porter atteinte à la réputation du poursuivant ou de ses témoins; ou
- (iii) si elle a témoigné contre toute autre personne inculpée de la même infraction.

Le juge Martin a également examiné cette disposition. Citant l'arrêt de principe *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1970] A.C. 304 (H.L.), le juge Martin a convenu que la jurisprudence anglaise avait confirmé l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de refuser la tenue d'un tel contre-interrogatoire nonobstant le fait qu'en se défendant l'accusé avait agi de manière à entraîner l'application de cet alinéa, s'exposant ainsi, à première vue, à ce genre de questions. Toutefois, il n'a pas jugé cette jurisprudence convaincante étant donné qu'elle portait sur l'interprétation de dispositions législatives tout à fait différentes (p. 463). Soulignons entre parenthèses que le juge Seaton de la Cour d'appel semble ne pas avoir tenu compte de cette jurisprudence lorsqu'il a déclaré que, si on avait pu en l'espèce suivre la pratique anglaise, il aurait été possible de procéder à un contre-interrogatoire relativement à la déclaration de culpabilité de meurtre.

L'arrêt *Selvey* établit clairement que le pouvoir discrétionnaire exercé en vertu de l'al. 1f) de la loi anglaise revêt un caractère général et qu'il continue d'exister tout à fait indépendamment de cette disposition. Lord Hodson fait remarquer, à la p. 346:

[TRADUCTION] L'intimé, par contre, a fait valoir devant vos Seigneuries que le juge du procès n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'admettre ou d'écarter des éléments de preuve. Le texte de l'article est clair et il précise les circonstances dans lesquelles l'accusé jette son bouclier. Dans ces circonstances il n'est plus protégé et la Loi prévoit clairement qu'il peut être interrogé au sujet de ses antécédents judiciaires. Quand donc, demande-t-il, peut-il y avoir exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour empêcher que cela ne se fasse? Il y a

such a discretion to be exercised under this subsection. In the second place, what is I think more significant, there is abundant authority that in criminal cases there is a discretion to exclude evidence, admissible in law, of which the prejudicial effect against the accused outweighs its probative value in the opinion of the trial judge. [Emphasis added.]

(See also pp. 339-42 *per* Viscount Dilhorne, and pp. 351-52 *per* Lord Guest.) Indeed, it is clear from s. 1(f) itself that the question of a conferral of discretion could never have arisen in the context of that provision which, *ex facie*, is written in terms suggesting that such questioning is absolutely permissible once the statutory preconditions have been met. (See *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402 (H.L.), at p. 447, *per* Lord Fraser.)

As I see it, then, the appropriate questions to be considered are not whether there is anything in the statute that creates a discretion, but rather (1) whether, as in England, Canadian trial judges are seized of this general discretion, and (2) if so, whether the section extinguishes or otherwise precludes its exercise.

With respect to the latter question, even though, as Martin J.A. holds, the word "may" allows for a prosecutorial discretion to put such questions, this, as I see it, does not end the matter. In my view, since a discretion to exclude otherwise relevant and admissible evidence exists at common law, the fact that the statute makes such evidence admissible in no way requires its reception in evidence.

Martin J.A. himself in *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82, reached the conclusion that such a discretionary right to exclude existed with respect to s. 643 of the *Criminal Code*, which is framed in terms similar to s. 12. Section 643 provides that where certain conditions are met, the evidence of a

deux réponses à cette question. Tout d'abord, une longue série de décisions appuie le point de vue selon lequel on peut exercer un tel pouvoir discrétionnaire en vertu de cet alinéa. En deuxième lieu, et cela est plus important d'après moi, il existe une jurisprudence abondante établissant que, dans des affaires criminelles, il y a un pouvoir discrétionnaire d'écartier des éléments de preuve qui sont admissibles en droit, mais dont l'effet préjudiciable qu'ils ont pour l'accusé l'emporte, de l'avis du juge du procès, sur sa valeur probante. [Je souligne.]

(Voir en outre les motifs du vicomte Dilhorne aux pp. 339 à 342, et ceux de lord Guest aux pp. 351 et 352.) D'ailleurs, il ressort nettement du texte même de l'al. 1f) que la question de l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire n'aurait jamais pu se poser dans le contexte de cette disposition qui, comme on le constate en la lisant, est rédigée en des termes qui laissent entendre que ce genre d'interrogatoire est parfaitement acceptable une fois remplies les conditions préalables établies par la Loi. (Voir *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402 (H.L.), à la p. 447, lord Fraser.)

Alors, si je comprends bien, les questions qu'il faut examiner sont non pas de savoir s'il y a quelque chose dans la Loi qui crée un pouvoir discrétionnaire, mais plutôt de savoir (1) si, comme en Angleterre, les juges du procès au Canada détiennent ce pouvoir discrétionnaire général et (2), dans l'affirmative, si l'article en cause supprime ce pouvoir ou de quelque autre manière en empêche l'exercice.

Pour ce qui est de cette dernière question, même si, comme l'a dit le juge Martin, le mot «peut» accorde un pouvoir discrétionnaire à la poursuite pour poser ce genre de questions, ceci, à mon sens, ne règle pas la question. J'estime que, puisqu'il existe en *common law* un pouvoir discrétionnaire d'exclure des éléments de preuve par ailleurs pertinents et admissibles, le fait que la loi en cause rend admissible ces éléments de preuve n'empêche nullement obligation de les admettre en preuve.

Dans l'arrêt *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82, le juge Martin lui-même est arrivé à la conclusion qu'un tel pouvoir discrétionnaire d'exclure existait relativement à l'art. 643 du *Code criminel*, dont les termes ressemblent à ceux de l'art. 12. L'article 643 prévoit que, lorsque certai-

“person whose evidence . . . was taken . . . upon the preliminary inquiry into the charge . . . may be read as evidence in the proceedings . . .” (emphasis added). While concluding that the word “may” did not confer a discretion on the trial judge to exclude the evidence made statutorily admissible, he specifically recognized that a general residuary discretion continued to operate. At page 89, he stated:

We are all of the opinion that when the conditions set out in s. 643 have been established that evidence taken at the preliminary hearing in the presence of the accused is admissible upon the application of either the prosecution or the defence and that the trial Judge has no discretion to exclude such evidence if it is otherwise relevant and admissible, subject, of course, to the limited discretion recognized in *The Queen v. Wray, supra.* [Emphasis added.]

In my respectful view, the minor change in phraseology in ss. 12 and 643 does not call for a different result.

A further point deserves mention. In *Stratton*, Martin J.A. relied upon the somewhat cryptic language in this Court’s decision in *R. v. Leforte* (1961), 131 C.C.C. 169, which could be looked upon as supporting his position. That case is not mentioned in *Tretter*. At all events, I am satisfied that *Leforte* cannot be regarded as authority for the proposition that no discretion subsists under s. 12. This Court was there simply affirming the dissenting opinion of Sheppard J.A. of the British Columbia Court of Appeal, in which the issue of discretion was not directly addressed, Sheppard J.A. being of the opinion that the evidence of the accused’s guilt was, in any case, overwhelming. The Court briefly noted, at p. 170:

We are in complete agreement with the reasons of Sheppard J.A., except that it is unnecessary for us to deal with his finding that there had been no substantial wrong or miscarriage. It might be added, however, that on the point as to the admissibility of previous convictions of the respondent the decisions relied upon in the reasons of the majority of the Court of Appeal and

nes conditions sont remplies, la déposition d’une «personne qui a rendu témoignage [...] lors de l’enquête préliminaire sur l’inculpation [...] peut être lu[e] à titre de preuve dans les procédures . . .» (je souligne). Tout en concluant que le mot «peut» ne conférait pas au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d’écarter la preuve rendue admissible aux termes de la loi en cause, il a expressément reconnu qu’un pouvoir discrétionnaire général résiduel continuait d’exister. À la page 89, il affirme:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d’avis que, dans un cas où l’on prouve que les conditions posées par l’art. 643 ont été remplies, la preuve recueillie au cours de l’enquête préliminaire en présence de l’accusé est admissible à la demande soit de la poursuite, soit de la défense, et que le juge du procès ne jouit d’aucun pouvoir discrétionnaire d’exclure cette preuve si elle est par ailleurs pertinente et admissible, sous réserve évidemment du pouvoir discrétionnaire limité reconnu dans l’arrêt *La Reine c. Wray, précité.* [Je souligne.]

À mon avis, le changement mineur que l’on constate dans la phraséologie des art. 12 et 643 ne commande pas un résultat différent.

Un autre point mérite d’être mentionné. Dans l’arrêt *Stratton*, le juge Martin s’est fondé sur le langage quelque peu énigmatique de l’arrêt de cette Cour *R. v. Leforte* (1961), 131 C.C.C. 169, qui pouvait être considéré comme appuyant sa position. Cette affaire n’est pas mentionnée dans *Tretter*. En tout état de cause, je suis convaincu que l’arrêt *Leforte* ne peut être considéré comme justifiant la proposition selon laquelle l’art. 12 vient supprimer tout pouvoir discrétionnaire. Dans cet arrêt, la Cour a simplement confirmé l’opinion dissidente du juge Sheppard de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, qui n’avait pas directement abordé la question du pouvoir discrétionnaire étant donné qu’il jugeait que la preuve de la culpabilité de l’accusé était de toute façon écrasante. La Cour fait observer brièvement, à la p. 170:

[TRADUCTION] Nous souscrivons entièrement aux motifs du juge Sheppard, sous cette seule réserve que nous n’avons pas à nous pencher sur sa conclusion qu’il n’y a eu ni préjudice ni déni de justice graves. Cependant, on pourrait ajouter qu’en ce qui concerne l’admissibilité en preuve des condamnations antérieures de l’intimé, les décisions sur lesquelles s’est fondée la Cour

referred to in argument before us are based upon a provision different from s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1952, c. 307.

Presumably, the Court was there referring to the English cases under s. 1(f) of the *Criminal Evidence Act*, 1898. I do not think, however, that the issue was either squarely addressed or decided by this Court in that case.

Indeed, in *Morris v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 405, this Court seems to have considered the matter open. In that case, the principal issue was whether the accused could be questioned on his record as a juvenile delinquent. Pratte J. stated, at pp. 433-34:

It is true that there is a theory according to which the trial judge would, under s. 12(1), enjoy a discretion under which he could disallow questions about previous convictions that, in his considered opinion, would have no relevancy to the veracity character of the witness and would therefore not assist the jury in assessing his credibility, or possibly would have a probative value as to the credibility of the witness that would be vastly outweighed by the prejudice that it would raise against him: *R. v. McLean* (1940), 73 C.C.C. 310; see also Phipson, 12th ed., Nos. 1601 & 1605; *R. v. Sweet-Escott* (1971), 55 C.A.R. 316.

I need not express my opinion as to the merit of this theory; it is sufficient to say that even if the trial judge has a discretion under which he may disallow questions about previous convictions, such discretion, whatever its scope, ought not, in my view, to be exercised so as to forbid cross-examination which is aimed at eliciting from the witness some admissions that would tend to establish the lack of veracity of some portions of his examination-in-chief.

I am aware that the view that a discretion to exclude exists may lead to some practical problems. Thus, Martin J.A. in *Stratton*, *supra*, at p. 467, feared that "in the absence of acceptable guidelines, the recognition of such a discretion would result in a lack of uniformity in its application which would not be consistent with the proper administration of justice". In this regard, he drew attention to the difficulty of cataloguing convictions for certain kinds of criminal misconduct on the basis of greater or lesser relevance in assessing

d'appel à la majorité dans ses motifs et qui ont été invoquées au cours des débats devant nous, reposent sur une disposition différente de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1952, chap. 307.

^a Selon toute vraisemblance, la Cour faisait alors allusion à la jurisprudence anglaise fondée sur l'al. 1f) de la *Criminal Evidence Act*, 1898. Cependant, je ne crois pas que la Cour, dans cet arrêt, a directement abordé ou tranché la question.

^c En fait, dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405, la Cour semble avoir jugé que la question demeurerait entière. Dans cette affaire, il s'agissait principalement de déterminer si l'accusé pouvait être interrogé sur son casier judiciaire de jeune délinquant. Le juge Pratte affirme aux pp. 433 et 434:

^d Il est vrai qu'il existe une théorie selon laquelle, aux termes du par. 12(1), le juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire de rejeter les questions relatives aux condamnations antérieures qui, à son avis, n'ont aucun rapport avec la crédibilité du témoin et n'aideront donc pas le jury à l'évaluer ou dont la valeur probante ^e quant à la crédibilité du témoin serait largement dépassée par le préjudice qu'il subirait: *R. v. McLean* (1940), 73 C.C.C. 310; voir également Phipson, 12^e éd., nos 1601 et 1605; *R. v. Sweet-Escott* (1971), 55 C.A.R. 316.

^f Je n'ai pas besoin de me prononcer sur le bien-fondé de cette théorie; il suffit de dire que même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de rejeter les questions relatives aux condamnations antérieures, ce pouvoir ^g discrétionnaire, quelle que soit sa portée, ne doit pas, à mon avis, être exercé de façon à interdire un contre-interrogatoire dont le but est d'obtenir du témoin des aveux qui tendraient à établir la fausseté d'une partie de son interrogatoire principal.

^h Je suis conscient que le point de vue qu'il existe un pouvoir discrétionnaire de prononcer l'exclusion peut susciter certaines difficultés pratiques. Ainsi, le juge Martin, à la p. 467 de l'arrêt *Stratton*, ⁱ précité, exprime la crainte que [TRADUCTION] «en l'absence de lignes directrices acceptables, la reconnaissance d'un tel pouvoir discrétionnaire entraînerait un manque d'uniformité dans son application, ce qui serait incompatible avec la ^j bonne administration de la justice». À ce propos, il souligne la difficulté qu'il y a à classer les condam-

testimonial reliability. This, in his view, militated against any interpretation that would cut down the ambit of the words "any offence" in s. 12. As I stated earlier, however, this Court has since noted that such concerns go to weight rather than admissibility. Apart from this, I respectfully do not share the concern that such a discretion would lead to an intolerable lack of uniformity inconsistent with the proper administration of justice. That has not been the experience in other common law jurisdictions. Besides, the prevailing interpretation of s. 12 itself fosters lack of uniformity in that it tends to deter accused persons with previous convictions from testifying. It can also lead to injustice. In any event, I cannot accept that the certainty of injustice is more desirable than the exercise of a considered discretion based on judicial guidelines which favours exclusion where injustice could otherwise arise.

The Nature of the Discretion

I turn now to a consideration of the nature and scope of the discretion. In considering this question, it is necessary to refer to the decision of this Court in *Wray*, *supra*, the case most often cited in support of the existence of this discretion.

The facts of *Wray* are somewhat notorious and do not bear repetition here. What is important for present purposes is to note that what the accused there sought was the exclusion of relevant, admissible evidence on the basis that the evidence had been unfairly obtained and, therefore, that its admission into evidence would bring the administration of justice into disrepute. The specific holding in *Wray*, *per* Martland J. for the majority (Fauteux, Abbott, Ritchie and Pigeon JJ. concurring), was that no such discretion existed (p. 287). Martland J. went on, however, to recognize that there was a discretion to exclude evidence which, if admitted, could prevent the accused from receiving

nations pour certains types d'actes criminels en fonction de leur pertinence plus ou moins grande en ce qui concerne l'évaluation de la crédibilité d'un témoin. Voilà qui, selon le juge Martin, milite contre toute interprétation tendant à restreindre la portée de l'expression «quelque infraction» figurant à l'art. 12. Toutefois, comme je l'ai déjà fait remarquer, cette Cour a depuis fait observer que ces craintes concernent la valeur probante de la preuve plutôt que son admissibilité. En outre, je ne partage pas la crainte qu'un tel pouvoir discrétionnaire entraînerait un manque d'uniformité intolérable qui serait incompatible avec la bonne administration de la justice. Cela ne s'est pas produit dans d'autres ressorts de *common law*. D'autre part, l'interprétation couramment admise de l'art. 12 favorise elle-même le manque d'uniformité dans la mesure où elle tend à dissuader de témoigner les accusés ayant des condamnations antérieures. Il peut également en résulter une injustice. En tout état de cause, je ne puis accepter que la certitude d'une injustice est préférable à l'exercice judicieux, fondé sur des principes directeurs établis par les tribunaux, d'un pouvoir discrétionnaire qui favorise l'exclusion lorsqu'il pourrait autrement y avoir injustice.

La nature du pouvoir discrétionnaire

Passons maintenant à l'examen de la nature et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire. À cette fin, il est nécessaire de se référer à l'arrêt *Wray*, précité, de cette Cour qui est celui qu'on cite le plus souvent à l'appui de l'existence de ce pouvoir discrétionnaire.

La notoriété des faits de l'affaire *Wray* nous dispense d'avoir à les répéter ici. Ce qui importe aux fins de l'espèce c'est de souligner que l'accusé dans cette affaire demandait qu'une preuve pertinente et admissible soit exclue pour le motif qu'elle avait été obtenue de manière inéquitable et que, par conséquent, son admission en preuve serait de nature à discréditer l'administration de la justice. Dans l'arrêt *Wray*, le juge Martland, s'exprimant au nom de la majorité (les juges Fauteux, Abbott, Ritchie et Pigeon souscrivant à son avis), a expressément conclu à l'absence de tout pouvoir discrétionnaire de ce genre (p. 287). Le juge Martland a cependant reconnu qu'il y avait un pouvoir discrétionnaire

a fair trial. Speaking of a dictum of Lord Goddard C.J. in the Privy Council case of *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (itself apparently grounded in *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.)), he stated, at p. 293:

It recognized a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused. Even if this statement be accepted, in the way in which it is phrased, the exercise of a discretion by the trial judge arises only if the admission of the evidence would operate unfairly. The allowance of admissible evidence relevant to the issue before the court and of substantial probative value may operate unfortunately for the accused, but not unfairly. It is only the allowance of evidence gravely prejudicial to the accused, the admissibility of which is tenuous, and whose probative force in relation to the main issue before the court is trifling, which can be said to operate unfairly.

And, at p. 295, he concluded:

In my opinion, the recognition of a discretion to exclude admissible evidence, beyond the limited scope recognized in the *Noor Mohamed* case, is not warranted by authority, and would be undesirable. The admission of relevant admissible evidence of probative value should not be prevented, except within the very limited sphere recognized in that case.

As Judson J. observed, however, the comments respecting the latter type of discretion were, strictly speaking, *obiter dicta* (at p. 297):

It is now being suggested that this evidence should be excluded even though it is relevant and admissible and of great probative value on the ground that its reception would operate unfairly against the accused and, according to the Court of Appeal, bring the administration of justice into disrepute. I am not concerned at this stage with the exclusion of evidence which is admissible and relevant but of such slight probative value that it should be rejected because of its prejudicial tendency in the eyes of the jury. There are plenty of *dicta* to this effect: *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*; *Stirland v. Director of Public Prosecutions*; *R. v. Cook*; *Noor Mohamed v. The King*.

tionnaire d'écarter des éléments de preuve qui, s'ils étaient admis, pourraient empêcher l'accusé de subir un procès équitable. Se référant à une opinion incidente exprimée par le lord juge en chef Goddard dans l'arrêt du Conseil privé *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (opinion apparemment fondée elle-même sur l'arrêt *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (C.P.)), il affirme, à la p. 293:

Il reconnaît un pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. Même si l'on accepte cet énoncé, de la façon dont il est formulé, il n'y a lieu pour le juge de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il y est inéquitable de recevoir la preuve. Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut être considéré comme inéquitable.

Puis il conclut, à la p. 295:

À mon avis, la jurisprudence ne justifie pas la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve recevable, sauf dans la mesure restreinte acceptée dans l'affaire *Noor Mohamed*, et il ne serait pas opportun d'aller au-delà. Il ne faut pas empêcher la réception d'une preuve pertinente, recevable et probante, sauf dans le cadre très restreint accepté dans cette affaire-là.

Comme l'a toutefois fait remarquer le juge Judson, les observations concernant ce dernier type de pouvoir discrétionnaire étaient, à proprement parler, des opinions incidentes (à la p. 297):

On prétend ici qu'il faudrait écarter cette preuve, bien qu'elle soit pertinente, recevable et très probante, parce que la recevoir serait inéquitable envers l'accusé et, d'après la Cour d'appel, discréditerait l'administration de la justice. Je ne parle pas ici d'écarter une preuve recevable et pertinente, mais dont la valeur probante est si faible qu'il faut l'écarter à cause de sa tendance préjudiciable à l'égard du jury. De nombreux jugements vont dans ce sens: *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*; *Stirland v. Director of Public Prosecutions*; *R. v. Cook*; *Noor Mohamed v. The King*.

The principle is also stated in 7 C.E.D., 2nd ed., p. 105, that matters of slight probative value may be excluded in the discretion of the judge when likely to cause undue prejudice, unfair surprise or confusion of issues. This principle, I repeat, is not in issue in this appeal.

Indeed, the exercise of discretion in the two situations described above implicate quite different concerns. This was recognized by other members of the Court in *Wray, supra* (at pp. 288, 295, *per* Martland J., and p. 282, *per* Cartwright C.J. dissenting); see also *R. v. Sang, supra*; Weinberg, "The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence" (1975), 21 *McGill L.J.* 1, at pp. 25-26. It is the latter type of discretion that concerns us in the present case.

While the above quoted comments of Martland J. respecting the discretion recognized in *Noor Mohamed, supra*, were, as I have noted, strictly speaking *obiter dicta*, they have nevertheless been accepted as binding and frequently applied by lower courts, thus clearly confirming that the discretion exists in Canada.

Less settled, however, is the precise relationship that must exist between the potential prejudice and probative value of the evidence sought to be excluded in order to successfully trigger the exercise of this discretion. The prevalent reading of *Wray, supra*, that the lower courts have, albeit reluctantly, adopted is that the discretion is a very circumscribed one, exercisable only when the probative value of the evidence is "trifling" and its prejudicial potential great. In some respects, therefore, the words of Martland J. have taken on the fixity of a 'test' which, once the elements thereof are met, results in exclusion. It seems to me that one could scarcely designate this inquiry the exercise of a discretion. However, in the 1983 *Morris* case, *supra*, Lamer J. pointed out that what was contemplated was a balancing of factors, rather than an elemental test. He noted, however, that

Il est également dit, dans 7 C.E.D. 2^e édition, page 105, que le juge peut, à sa discrétion, écarter des éléments de preuve de faible valeur s'ils sont susceptibles de porter préjudice indu, de prendre par surprise ou d'embrouiller le litige. Ce principe, je le répète, n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

En fait, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les deux situations décrites ci-dessus implique des préoccupations tout à fait différentes. Cela a été reconnu par d'autres membres de la Cour dans l'arrêt *Wray*, précité (aux pp. 288, 295, motifs du juge Martland, et à la p. 282, motifs du juge en chef Cartwright, dissident); voir aussi: *R. v. Sang*, précité, Weinberg, «The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence» (1975), 21 *McGill L.J.* 1, aux pp. 25 et 26. C'est ce dernier type de pouvoir discrétionnaire qui nous intéresse en l'espèce.

Quoique, comme je l'ai fait remarquer, les observations déjà citées du juge Martland concernant le pouvoir discrétionnaire reconnu dans l'arrêt *Noor Mohamed*, précité, constituent strictement des opinions incidentes, elles ont néanmoins été considérées comme péremptoires et ont souvent été appliquées par des tribunaux d'instance inférieure, ce qui confirme clairement l'existence de ce pouvoir discrétionnaire au Canada.

Il y a toutefois moins de certitude quant à la nature précise du rapport qui doit exister entre le préjudice éventuel et la valeur probante de la preuve dont on cherche à obtenir l'exclusion, pour entraîner l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L'interprétation prédominante de l'arrêt *Wray*, précité, qu'ont adoptée, bien qu'à contrecoeur, les tribunaux d'instance inférieure, porte qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire de portée fort restreinte qui ne peut s'exercer que lorsque la valeur probante de la preuve est «insignifiante» et que les risques de préjudice sont grands. À certains égards donc, les propos du juge Martland ont acquis toute la rigidité d'un «critère» qui, une fois ses conditions remplies, emporte l'exclusion. À mon sens, on ne saurait guère prétendre que cet examen constitue l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, dans l'affaire *Morris de 1983*, précitée, le juge Lamer souligne que ce qui était envisagé c'était une comparaison de facteurs plutôt qu'un critère

the scope of the discretion was unclear. As he put it, at p. 202:

This is not to say that evidence which is relevant to a given issue in a case will of necessity be excluded merely because it also tends to prove disposition. Such evidence will be admitted subject to the judge weighing its probative value to that issue (e.g., identity), also weighing its prejudicial effect, and then determining its admissibility by measuring one to the other. The degree of probative value required to overcome the exclusionary rule is presently the object of some disagreement and the law is as a result somewhat unclear. We do not need consider this aspect of the rule at any length as the facts of this case do not bring us within the exception. [Emphasis added.]

One of the reasons for the law's present lack of clarity is that the circumscribed discretion found to exist by the Privy Council in *Noor Mohamed*, *supra*, and relied on by this Court in *Wray*, *supra*, has subsequently been greatly released from the restrictive terms in which it was there described. It is now accepted in England that a trial judge has a discretion to weigh considerations of probative value and prejudice and to exclude evidence not only if its probative weight is "trifling" but whenever its "prejudicial effect would be "out of proportion to its true evidential value"" (*R. v. Sang*, *supra*, per Lord Fraser — approving of this formulation in *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (H.L.), at p. 707 — at pp. 446-47; see also, at pp. 433-34, per Lord Diplock; at pp. 438-39, per Viscount Dilhorne; and, at p. 445, per Lord Salmon).

Like Lamer J. in the 1983 *Morris* case, *supra*, I regard this question as open. However, for reasons that will appear, I need and ought not address it here given the particular facts of this case, and the fact that the issue was not argued before us. The fact that the question has a *Charter* dimension does not alter the matter because the common law discretion is ultimately grounded in the principle that the accused is entitled to a fair trial (see the passages quoted earlier from *Wray*, *supra*, at p. 293 and *Powell*, *supra*, at p. 119), which is pre-

absolu. Il souligne néanmoins l'incertitude qui règne quant à l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire. Comme il l'affirme, à la p. 202:

Cela ne signifie pas qu'une preuve qui se rapporte à une question litigieuse donnée sera nécessairement exclue simplement parce qu'elle tend également à établir la propension. Une telle preuve sera recevable à la condition que le juge en détermine d'abord la recevabilité en comparant sa valeur probante relativement à la question soulevée (par exemple, l'identité) et l'effet préjudiciable qu'elle risque d'avoir. Le degré de valeur probante requis pour surmonter la règle d'exclusion fait actuellement l'objet d'un désaccord et le droit est donc quelque peu incertain. Point n'est besoin de nous attarder sur cet aspect de la règle, puisque l'exception ne s'applique pas aux faits en l'espèce. [Je souligne.]

Si le droit manque de clarté à l'heure actuelle, cela tient notamment à l'assouplissement marqué des termes restrictifs employés pour décrire le pouvoir discrétionnaire limité dont le Conseil privé a conclu à l'existence dans l'arrêt *Noor Mohamed*, précité, et sur lequel cette Cour s'est fondée dans l'arrêt *Wray*, précité. On accepte maintenant en Angleterre qu'un juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de soupeser les considérations de valeur probante et de préjudice pour écarter un élément de preuve non seulement si sa valeur probante est «insignifiante», mais aussi dans tous les cas où son [TRADUCTION] «effet préjudiciable serait «disproportionné à sa valeur probante réelle» (*R. v. Sang*, précité, lord Fraser — approuvant cette formulation employée dans l'arrêt *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (H.L.), à la p. 707 — aux pp. 446 et 447; voir en outre, aux pp. 433 et 434, lord Diplock; aux pp. 438 et 439, le vicomte Dilhorne; et à la p. 445, lord Salmon).

À l'instar du juge Lamer dans l'affaire *Morris de 1983*, précitée, j'estime que cette question demeure entière. Toutefois, pour les raisons que je vais exposer, compte tenu des faits particuliers de la présente espèce et de ce que la question n'a pas été débattue devant nous, il ne m'est pas nécessaire de l'aborder ici et je devrais même éviter de le faire. Le fait que la question relève, sous un certain aspect, de la *Charte* ne change rien, car le pouvoir discrétionnaire découlant de la *common law* repose, en dernière analyse, sur le principe

cisely what is required by the *Charter*. Accordingly whether one accepts the narrow or broader version of the discretion is a function of what one thinks is required to give effect to that principle. For present purposes, therefore, it is sufficient simply to recognize that the discretion to exclude exists.

Factors to Be Considered

The final question to be considered relates to the factors to which regard might usefully be had respecting the exercise of this discretion in the present context. In discussing this matter, I shall have occasion to refer to the experience in the United Kingdom and the United States, for while the statutory provisions regulating the admission of evidence of previous convictions in those countries are very different from s. 12, many of the guidelines developed there are nonetheless instructive.

It is impossible to provide an exhaustive catalogue of the factors that are relevant in assessing the probative value or potential prejudice of such evidence, but among the most important are the nature of the previous conviction and its remoteness or nearness to the present charge.

Clearly, the probative value and prejudicial effect of a previous conviction are directly affected by the nature of that conviction. As the Court of Appeals, D.C. Circuit, stated, in *Gordon v. United States*, 383 F.2d 936 (1967), at p. 940:

In considering how the District Court is to exercise the discretionary power we granted, we must look to the legitimate purpose of impeachment which is, of course, not to show that the accused who takes the stand is a "bad" person but rather to show background facts which bear directly on whether jurors ought to believe him rather than other and conflicting witnesses. In common human experience acts of deceit, fraud, cheating, or stealing, for example, are universally regarded as con-

selon lequel l'accusé a droit à un procès équitable (voir les passages reproduits antérieurement tirés de l'arrêt *Wray*, précité, à la p. 293, et de l'arrêt *Powell*, précité, à la p. 119), ce qui est précisément l'exigence posée par la *Charte*. Par conséquent, la réponse donnée à la question de savoir si l'on retiendra l'interprétation restrictive ou l'interprétation large du pouvoir discrétionnaire va dépendre de ce qu'on juge nécessaire pour appliquer ce principe. Il suffit donc simplement, aux fins de la présente affaire, de reconnaître l'existence du pouvoir discrétionnaire de prononcer l'exclusion.

Les facteurs à prendre en considération

La dernière question à étudier se rapporte aux facteurs dont il pourrait être utile de tenir compte relativement à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire dans le présent contexte. En examinant ce point, je traiterai de l'expérience du Royaume-Uni et des États-Unis car, bien que leurs dispositions législatives régissant l'admission en preuve de condamnations antérieures diffèrent nettement de l'art. 12, un bon nombre des principes directeurs établis dans ces pays se révèlent tout de même instructifs.

Il est impossible de dresser une liste exhaustive des facteurs qui sont pertinents pour déterminer la valeur probante d'une telle preuve ou le risque de préjudice qu'elle peut présenter, mais parmi les plus importants figurent la nature de la condamnation antérieure et son degré de proximité par rapport à la présente accusation.

De toute évidence, la valeur probante et l'effet préjudiciable d'une condamnation antérieure dépendent directement de la nature de cette condamnation. Comme l'a dit la Court of Appeals, circuit du district de Columbia, dans l'arrêt *Gordon v. United States*, 383 F.2d 936 (1967), à la p. 940:

[TRADUCTION] En examinant de quelle façon la cour de district doit exercer le pouvoir discrétionnaire par nous conféré, nous devons tenir compte de l'objectif légitime de toute tentative d'attaquer la crédibilité, qui est, bien entendu, non pas de montrer que l'accusé qui est à la barre est une «mauvaise» personne, mais plutôt d'établir l'existence d'antécédents qui influent directement sur la question de savoir si les jurés devraient ajouter foi à son témoignage plutôt qu'aux dépositions

duct which reflects adversely on a man's honesty and integrity. Acts of violence on the other hand, which may result from a short temper, a combative nature, extreme provocation, or other causes, generally have little or no direct bearing on honesty and veracity.

See also *R. v. Watts* (1983), 77 Cr. App. R. 126 (C.C.A.), at p. 129; cf. *R. v. Powell* (1985), 82 Cr. App. R. 165 (C.C.A.), at pp. 171-72.

Clearly, too, the more similar the offence to which the previous conviction relates to the conduct for which the accused is on trial, the greater the prejudice harboured by its admission. I agree fully with the opinion of the court in *Gordon*, *supra*, at p. 940, that:

A special and even more difficult problem arises when the prior conviction is for the same or substantially the same conduct for which the accused is on trial. Where multiple convictions of various kinds can be shown, strong reasons arise for excluding those which are for the same crime because of the inevitable pressure on lay jurors to believe that "if he did it before he probably did so this time". As a general guide, those convictions which are for the same crime should be admitted sparingly; one solution might well be that discretion be exercised to limit the impeachment by way of a similar crime to a single conviction and then only when the circumstances indicate strong reasons for disclosure, and where the conviction directly relates to veracity. [Emphasis added.]

See also, in the United Kingdom, *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, at p. 321; *R. v. Watts*, *supra*; but cf. *R. v. Burke* (1985), 82 Cr. App. R. 156 (C.C.A.), at p. 164; *Powell* (C.C.A.), *supra*.

I think that a court should be very chary of admitting evidence of a previous conviction for a similar crime, especially when the rationale for the

contraires d'autres témoins. L'expérience humaine de tous les jours révèle que les actes de tromperie, de fraude, de tricherie ou de vol, par exemple, sont universellement considérés comme indiquant un manque d'honnêteté et d'intégrité. Les actes de violence, par contre, qui peuvent résulter d'un caractère irascible, d'une humeur combative, d'une extrême provocation ou d'autres causes, ont généralement peu ou point de répercussions directes sur l'honnêteté et la véracité.

Voir aussi *R. v. Watts* (1983), 77 Cr. App. R. 126 (C.C.A.), à la p. 129; cf. *R. v. Powell* (1985), 82 Cr. App. R. 165 (C.C.A.), aux pp. 171 et 172.

Il est clair en outre que plus l'infraction qui a donné lieu à la condamnation antérieure ressemble à la conduite pour laquelle l'accusé subit son procès, plus le préjudice résultant de son admission en preuve risque d'être grand. Je partage entièrement l'opinion exprimée par la cour dans l'arrêt *Gordon*, précité, à la p. 940, savoir:

[TRADUCTION] Un problème particulier et encore plus épineux se pose lorsque la condamnation antérieure porte sur la même ou essentiellement la même conduite que celle pour laquelle l'accusé subit son procès. Lorsqu'il est possible de prouver l'existence de plusieurs condamnations de différentes sortes, il y a alors de bonnes raisons d'écartier celles qui ont été imposées pour le même crime du fait que les jurés, tout profanes qu'ils sont, seront inévitablement portés à croire que «s'il l'a déjà fait dans le passé, il l'a probablement fait cette fois-ci». En règle générale, les condamnations pour le même crime ne devraient être admises en preuve qu'avec modération; une solution possible serait d'exercer le pouvoir discrétionnaire de manière à ne permettre d'invoquer qu'une seule condamnation pour attaquer la crédibilité au moyen d'une preuve de crimes similaires et, même encore là, seulement lorsque, d'après les circonstances, il existe de bonnes raisons de permettre la divulgation et lorsque la condamnation se rapporte directement à la véracité. [Je souligne.]

Voir en outre les arrêts britanniques *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, précité, à la p. 321; *R. v. Watts*, précité; mais cf. *R. v. Burke* (1985), 82 Cr. App. R. 156 (C.C.A.), à la p. 164; *Powell* (C.C.A.), précité.

J'estime qu'un tribunal devrait se montrer fort réticent à admettre la preuve d'une condamnation antérieure pour un crime similaire, surtout quand

stringent test for admitting "similar fact" evidence is kept in mind.

The remoteness or nearness of the previous conviction is also, as the court in *Gordon, supra*, stated, "a factor of no small importance" (p. 940). Combined with this factor are the circumstances of the accused. As the court in that case put it, at p. 940:

Even [a conviction] involving fraud or stealing, for example, if it occurred long before and has been followed by a legally blameless life, should generally be excluded on the ground of remoteness.

One further, and to my mind, problematic factor that often surfaces in the case-law of both countries (as it does in the present case) is whether it is fair not only to the accused but to the prosecution to prohibit cross-examination respecting previous convictions, especially when a deliberate attack has been made upon the credibility of a Crown witness and where the resolution of the case boils down to a credibility contest between the accused and that witness; this issue has arisen in *R. v. Jenkins* (1945), 31 Cr. App. R. 1 (C.C.A.), at p. 15; *R. v. Cook* (1959), 43 Cr. App. R. 138 (C.C.A.), at p. 143; *Powell* (C.C.A.), *supra*, at pp. 171-72; *Burke, supra*, at p. 161. In considering the English cases, however, it should be noted that s. 1(f) of the *Criminal Evidence Act*, 1898, specifically provides (subject, as we saw, to the overriding discretion to exclude) that an accused's shield from cross-examination is lost when he casts aspersions on the character of the prosecutor or his witness, so emphasis on this factor is perhaps particularly justifiable.

The rationale for permitting cross-examination in such circumstances clearly is that the jury ought to have before it the record of the person attacking the credibility of the Crown witness' character in order to determine whether he is any more worthy of belief than the person attacked. In the Ameri-

on songe à la raison d'être du critère rigoureux à remplir pour que soit admise une preuve de «faits similaires».

a Le degré de proximité de la condamnation antérieure constitue également, comme l'a dit la cour dans l'arrêt *Gordon*, précité, [TRADUCTION] «un facteur non négligeable» (p. 940). Vient s'ajouter à ce facteur la situation de l'accusé. Comme l'affirme la cour dans cette affaire, à la p. 940:

[TRADUCTION] Même [une condamnation] pour fraude ou vol, par exemple, si elle est survenue longtemps auparavant et si elle a été suivie d'une vie légalement irréprochable, devrait généralement être écartée en raison du faible degré de proximité.

Un autre facteur, problématique à mon sens, qui surgit souvent dans la jurisprudence des deux pays (comme c'est le cas d'ailleurs en l'espèce) est la question de savoir s'il est juste non seulement pour l'accusé mais pour la poursuite d'interdire tout contre-interrogatoire relatif aux condamnations antérieures, surtout dans un cas où la crédibilité d'un témoin à charge a été délibérément attaquée et où la résolution du litige dépend essentiellement d'un concours de crédibilité entre l'accusé et ledit témoin. Or, cette question a déjà été soulevée dans les arrêts *R. v. Jenkins* (1945), 31 Cr. App. R. 1 (C.C.A.), à la p. 15; *R. v. Cook* (1959), 43 Cr. App. R. 138 (C.C.A.), à la p. 143; *Powell* (C.C.A.), précité, aux pp. 171 et 172; *Burke*, précité, à la p. 161. En ce qui concerne la jurisprudence anglaise, toutefois, il convient de faire remarquer que l'al. 1f) de la *Criminal Evidence Act*, 1898, porte expressément (sous réserve, comme nous l'avons vu, du pouvoir discrétionnaire prépondérant de prononcer l'exclusion) que, du moment qu'il met en doute la bonne moralité du poursuivant ou de son témoin, un accusé n'est plus à l'abri du contre-interrogatoire; il est peut-être alors particulièrement justifiable que l'accent soit mis sur ce facteur.

La raison pour laquelle il est permis de procéder à un contre-interrogatoire dans de telles circonstances est maintenant que les jurés devraient être informés des antécédents de la personne qui attaque la crédibilité du témoin à charge, afin de pouvoir déterminer si cette personne mérite davan-

can context, the court in *Gordon, supra*, expressed the matter thus, at p. 941:

Even though we need not go beyond Appellant's failure to raise the issue he now relies on, we note that the admission of Appellant's criminal record here, along with the criminal record of the complaining witness, was not in a vindictive or "eye for an eye" sense, as Appellant argues. Rather it was received because the case had narrowed to the credibility of two persons — the accused and his accuser — and in those circumstances there was greater, not less, compelling reason for exploring all avenues which would shed light on which of the two witnesses was to be believed.

That this matter is not free from controversy, however, is clear from the following comments of the trial judge in *United States v. Brown*, 409 F. Supp. 890 (W.D.N.Y. 1976), at p. 892:

I consider the considerations set forth in *United States v. Jackson* [405 F. Supp. 938 (E.D.N.Y. 1975)] to be astray . . . *Jackson* was said to be a case wherein the Government had substantial proof against the defendant and was not one in which the outcome was going to depend upon a one-on-one testimony with credibility being the big factor. The court implied that, if it were the latter, he would tend to admit the evidence of the earlier criminal conviction.

I consider this analysis of the quantum of prejudice erroneous. The reverse should be true. If the Government has a good case against a defendant, the admission of evidence of earlier convictions would tend to be "harmless error" and consequently non-prejudicial. If, on the other hand, the case were going to be determined quite substantially on the credibility of the defendant-witness, admissions of earlier convictions would be highly prejudicial. In *Jackson* the court is saying that, with substantial evidence on its side of the case, the Government is not going to be detrimented [*sic*] by having this piece of evidence kept out of the case. This seems not at all the criterion of which Rule 609(a) speaks.

My own view is that there may be cases where the interests of not presenting a distorted picture to the jury might require permitting such cross-examination, but I do not think this factor can

tage d'être crue que la personne dont la crédibilité a été mise en doute. Dans le contexte américain, la cour dans l'affaire *Gordon*, précitée, énonce ainsi la question, à la p. 941:

[TRADUCTION] Bien que nous n'ayons pas à chercher plus loin que l'omission de l'appelant de soulever la question qu'il invoque maintenant, soulignons que, contrairement à ce que prétend l'appelant, l'admission en preuve de son casier judiciaire et de celui du témoin plaignant en l'espèce n'avait rien de vindicatif et ne constituait pas une application de la loi du talion. Il a plutôt été admis parce que l'affaire était devenue limitée à la question de la crédibilité de deux personnes, l'accusé et l'accusateur, et dans ces circonstances il importait d'autant plus d'épuiser tous les moyens nécessaires pour clarifier la question de savoir lequel des deux témoins était digne de foi.

La controverse que suscite ce point ressort toutefois nettement des observations suivantes du juge du procès dans l'affaire *United States v. Brown*, 409 F. Supp. 890 (W.D.N.Y. 1976), à la p. 892:

[TRADUCTION] Je tiens pour erronées les considérations énoncées dans la décision *United States v. Jackson* [405 F. Supp. 938 (E.D.N.Y. 1975)] . . . *Jackson*, prétend-on, est une affaire dans laquelle le gouvernement disposait d'une abondante preuve à charge, de sorte que l'issue ne dépendait nullement de la confrontation de deux témoins dans une situation où la crédibilité de ceux-ci constituait le facteur décisif. Le juge a laissé entendre que, dans cette dernière hypothèse, il aurait eu tendance à admettre la preuve relative à la condamnation antérieure.

À mon avis, cette analyse de la gravité du préjudice est fautive. Ce devrait être l'inverse. Si le gouvernement possède une preuve solide contre un défendeur, l'admission en preuve de ses condamnations antérieures représentera normalement une «erreur anodine» et, partant, non préjudiciable. Si, par contre, l'affaire devait être tranchée essentiellement en fonction de la crédibilité du défendeur en tant que témoin, l'admission en preuve de ses condamnations antérieures serait hautement préjudiciable. Dans l'affaire *Jackson*, la cour affirme que le gouvernement, s'il dispose d'une abondante preuve à charge, ne subira aucun préjudice par suite de l'exclusion de cet élément de preuve. Voilà qui paraît tout à fait différent du critère dont parle la règle 609a).

Pour ma part, j'estime qu'il peut y avoir des cas où, afin de ne pas présenter au jury un tableau dénaturé des faits, il pourrait s'avérer nécessaire de permettre un tel contre-interrogatoire, mais je

override the concern for a fair trial. Indeed, cross-examination should only be permitted on the foregoing basis where to do so would render the trial more, and not less, fair; see *Luck, supra*.

It must be remembered that prejudicial potential and probative value are not abstract qualities. They exist in the context of a concrete case and are determined with reference to the circumstances of the case. I turn now to briefly consider the *Charter*.

Section 12 and the Charter

It may be argued that even the recognition of a discretion to exclude after consideration of the factors outlined earlier in this judgment does not ensure that s. 12, as it applies to an accused person, satisfies the constitutional mandates of the *Charter*. Indeed, while the appellant's main argument was that such a discretion must exist, as a minimum, to validate s. 12 under the *Charter*, he also appears to have attacked more generally the application of s. 12 to accused persons under any circumstances.

In so far as his argument questions the fairness of the trial or the impartiality of the triers of fact (s. 11(d)) on the ground that s. 12 admits evidence irrelevant to the issue of credibility, I reiterate my view that such evidence is relevant and *prima facie* admissible. Evidence of previous convictions advances, to a greater or lesser extent, a fact in issue, i.e., the credibility of an accused who testifies, and is therefore relevant. In my view, admitting relevant evidence, in the absence of a valid reason for excluding it, accords with the principles of fundamental justice, as does the exclusion of irrelevant evidence. Thus this general or first principle of the law of evidence, the principle of relevancy, helps to ensure that the trial is conducted fairly and that justice is done.

ne crois pas que ce facteur puisse l'emporter sur le droit à un procès équitable. En fait, il ne devrait être permis de procéder à un contre-interrogatoire pour le motif susmentionné que lorsque cela aura
 a pour effet de rendre le procès plus, plutôt que moins, équitable; voir l'arrêt *Luck*, précité.

Il faut se rappeler que la possibilité de préjudice et la valeur probante ne sont pas des qualités
 b abstraites. Elles existent dans le contexte d'une affaire concrète et doivent être déterminées en fonction des circonstances de cette affaire. Cela dit, j'entreprends maintenant un bref examen de la
 c *Charte*.

L'article 12 et la Charte

On peut prétendre que même la reconnaissance
 d de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'écartier des éléments de preuve après avoir pris en considération les facteurs exposés précédemment ne garantit pas que l'art. 12, dans la mesure où il s'applique à un accusé, satisfait aux exigences
 e constitutionnelles de la *Charte*. En effet, bien que l'appelant allègue principalement qu'il doit exister tout au moins un tel pouvoir discrétionnaire pour que l'art. 12 ne soit pas contraire à la *Charte*, il paraît également contester d'une manière plus
 f générale l'application de l'art. 12 aux accusés, peu importe les circonstances.

Pour autant que son argument mette en doute le caractère équitable du procès ou l'impartialité des
 g juges des faits (al. 11d)) pour le motif que l'art. 12 autorise l'admission d'une preuve n'ayant aucun rapport avec la question de la crédibilité, je répète que, selon moi, cette preuve est pertinente et
 h qu'elle est admissible à première vue. La preuve de condamnations antérieures sert plus ou moins à établir un fait en litige, c.-à-d. la crédibilité d'un accusé qui témoigne, d'où sa pertinence. À mon avis, l'admission d'une preuve pertinente, lorsqu'il
 i n'y a aucune raison valable de l'écartier, concorde avec les principes de justice fondamentale de la même manière que l'exclusion de toute preuve non pertinente. Donc, ce principe général ou principe
 j premier du droit de la preuve, savoir le principe de la pertinence, contribue à assurer un procès équitable dans le cadre duquel justice est rendue.

If the appellant's broader argument is based on the notion that, to ensure a fair trial and impartial jurors, evidence of the previous convictions of an accused should always, as a matter of law, be excluded because of their prejudicial effect and in spite of their probative value, I cannot agree. It is true that s. 11 of the *Charter* constitutionalizes the right of an accused and not that of the state to a fair trial before an impartial tribunal. But "fairness" implies, and in my view demands, consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser. To accept the appellant's argument would be to ignore those considerations.

In my view, the recognition of a discretion to exclude evidence when its probative value is overshadowed by prejudicial effect ensures that the legitimate interests of both the public and the accused are taken into account. Justice and fairness demand no less and expect no more. The factors that should be considered in exercising this discretion, which I have earlier set out, ensure that this occurs. Each of them assists in focussing the inquiry on whether the probative value of any previous convictions the Crown seeks to introduce into evidence is sufficient to counterbalance the unjustified prejudice to the accused that would result, thus securing fairness to both. Indeed, as I earlier noted, the touchstone of all these factors is the fairness of the proceedings.

The recognition and proper exercise of this discretion, therefore, ensures that s. 12 is constitutionally valid. Of course if it is improperly exercised, or if, as is the case here, the trial judge fails to recognize that such a discretion is vested in him, then an appellate court may review the matter and order a new trial, find there has not been a miscarriage of justice and confirm the conviction or, in

Si l'argument plus général de l'appellant repose sur la notion selon laquelle, pour garantir un procès équitable et l'impartialité des jurés, la preuve des condamnations antérieures d'un accusé doit toujours, sur le plan du droit, être exclue en raison de son effet préjudiciable et en dépit de sa valeur probante, je ne puis l'accepter. Certes, l'art. 11 de la *Charte* consacre dans la Constitution le droit d'un accusé, et non pas celui de l'État, à un procès équitable devant un tribunal impartial. Mais «l'équité» implique, commande même à mon avis, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur. Retenir l'argument de l'appellant reviendrait à faire abstraction de ces considérations.

Selon moi, la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve lorsque sa valeur probante est éclipsée par son effet préjudiciable assure la prise en considération des intérêts légitimes tant du public que de l'accusé. La justice et l'équité n'exigent rien de moins et ne prévoient rien de plus. Les facteurs qui devraient être pris en considération en exerçant ce pouvoir discrétionnaire et que j'ai exposés plus haut, garantissent cela. Chacun desdits facteurs aide à axer l'examen sur la question de savoir si la valeur probante de toute condamnation antérieure que le ministère public cherche à produire en preuve suffit pour compenser le préjudice injustifié qui en résultera pour l'accusé, de manière à garantir à l'une et l'autre partie un traitement équitable. De fait, comme je l'ai souligné précédemment, la pierre de touche en ce qui concerne tous ces facteurs est le caractère équitable des procédures.

La reconnaissance et l'exercice régulier de ce pouvoir discrétionnaire assurent donc la constitutionnalité de l'art. 12. Bien entendu, s'il est exercé d'une manière irrégulière ou si, comme en l'espèce, le juge du procès ne reconnaît pas qu'il détient un tel pouvoir, alors un tribunal d'appel peut examiner l'affaire et ordonner la tenue d'un nouveau procès, conclure qu'il n'y a pas eu de déni de

appropriate circumstances, exercise its own discretion in the matter; see *R. v. Watts, supra*.

I would stress, however, that, as is the case when an appellate court undertakes to review a trial judge's decision which is based at least in part on the unique circumstances of the case before him and his own first-hand view of the proceedings, restraint ought to be exercised in interfering with a trial judge's exercise of discretion. More specifically, an appellate court should never, in the absence of clear error, simply substitute its own view of how that discretion ought to have been exercised for that of the trial judge.

I turn now to consider whether, in the circumstances of the present case, the trial judge, had he considered himself to have a discretion to exclude, ought to have excluded the previous conviction for non-capital murder, and if so whether the conviction entered against the appellant can now stand.

Disposition

I am of the opinion that, even on the narrow view of the exclusionary discretion expressed in *Wray, supra*, the previous conviction for murder ought not to have been admitted in the present case.

As I indicated in my earlier comments respecting the admission into evidence of previous convictions for offences similar to that for which the accused is on trial, I think it self-evident that the prejudicial potential harboured by the admission at a trial for murder of a previous conviction for non-capital murder is manifestly profound. Furthermore, the probative value of this item of evidence in relation to credibility (which is the only use to which it legitimately could be put) is, at best, trifling, certainly in this case. The foregoing

justice et confirmer la déclaration de culpabilité ou encore, si cela est indiqué, exercer son propre pouvoir discrétionnaire en l'espèce; voir l'arrêt *R. v. Watts*, précité.

^a Je souligne toutefois que, comme c'est le cas lorsqu'un tribunal d'appel entreprend d'examiner la décision d'un juge de première instance qui s'est fondé, du moins en partie, sur les circonstances ^b particulières de la cause dont il se trouve saisi et sur ce qu'il a pu lui-même observer au cours des débats, il faut se montrer réticent à intervenir pour modifier une décision prise par un juge de première instance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Plus précisément, en l'absence d'une ^c erreur manifeste, un tribunal d'appel ne doit jamais simplement substituer à l'avis du premier juge sa propre opinion quant à la manière dont ce ^d pouvoir discrétionnaire aurait dû être exercé.

J'en viens maintenant à la question de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, le juge du procès, s'il s'était estimé investi du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion, aurait dû ^e écarter la condamnation antérieure pour meurtre non qualifié et, dans l'affirmative, si la déclaration de culpabilité inscrite contre l'appellant peut être maintenue.

^f Dispositif

Je suis d'avis que, même selon l'interprétation restrictive du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion reconnu dans l'arrêt *Wray*, précité, la ^g condamnation antérieure pour meurtre n'aurait pas dû être admise en preuve en l'espèce.

Comme je l'ai indiqué dans mes observations précédentes concernant l'admission en preuve de ^h condamnations antérieures pour des infractions semblables à celle pour laquelle l'accusé subit son procès, je crois qu'il va de soi que le risque de préjudice qui en résulterait si l'on admettait en ⁱ preuve à un procès pour meurtre une condamnation antérieure pour meurtre non qualifié serait extrêmement grave. De plus, la valeur probante de cet élément de preuve en ce qui concerne la ^j crédibilité (qui est la seule question relativement à laquelle on pourrait légitimement s'en servir) est, tout au plus, insignifiante, du moins dans la présente affaire. Ces seules considérations paraissent

alone appears to satisfy a narrow reading of the test in *Wray, supra*.

However, as I mentioned earlier, discretion cannot be judicially exercised in a vacuum; it is only with reference to the circumstances of the case that its exercise becomes meaningful. The circumstances of the present case, however, rather than "indicat[ing] strong reasons for disclosure" (*Gordon, supra*, at p. 940), militate strenuously for exclusion. It is true that the appellant had assailed the credibility of Crown witnesses and, indeed, that credibility was the vital issue at trial. However, the circumstances of the case itself, indicating a violation by the appellant of his parole conditions, and the substance of the appellant's defence, indicating clearly the appellant's involvement in cocaine transactions, would have served to bring home to the jury the unsavoury criminal character of the appellant and, on the theory that such evidence affects credibility, this objective would have been fulfilled. This, along with the evidence of the appellant's previous convictions for theft and breaking and entering, amply served the purpose of impeaching his credibility. Indeed, the convictions for theft and breaking and entering, though quite remote in time, would appear far more probative of a disposition for dishonesty than a conviction for murder. The latter, in the circumstances of the case, added very little, if anything, to the jury's perception of the appellant's character for veracity; on the other hand, in the words of Hutcheon J.A. in the court below, "it might well be that the fact that he had been convicted some years before of a similar offence might have been the last ounce which turned the scales against him". The jury's actions at trial in this case in no way diminish this possibility.

Conclusion

I conclude, therefore, that s. 12 of the *Canada Evidence Act*, when read in conjunction with the salutary common law discretion to exclude prejudicial evidence, does not violate an accused's

satisfaire aux exigences d'une interprétation restrictive du critère énoncé dans l'arrêt *Wray*, précité.

Toutefois, je le répète, l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire ne saurait se faire en l'absence de tout contexte; ce n'est qu'en fonction des circonstances de l'affaire que l'exercice de ce pouvoir prend un sens. Les circonstances de la présente espèce, cependant, plutôt que de révéler «de bonnes raisons de permettre la divulgation» (*Gordon*, précité, à la p. 940), militent fortement en faveur de l'exclusion. Il est vrai que l'appellant avait attaqué la crédibilité des témoins à charge et, en fait, que la question capitale au procès était celle de la crédibilité. Toutefois, les circonstances de l'affaire elles-mêmes, qui révèlent l'existence d'une violation par l'appellant des modalités de sa liberté conditionnelle, et l'essentiel de la défense de l'appellant, qui révèle clairement sa participation au trafic de cocaïne, auraient fait voir au jury les tendances criminelles de l'appellant et, suivant la théorie selon laquelle une telle preuve nuit à la crédibilité, on aurait atteint le but visé. Cela, avec la preuve des condamnations antérieures de l'appellant pour vol et introduction par effraction, était largement suffisant pour mettre en doute sa crédibilité. De fait, les condamnations pour vol et introduction par effraction, quoiqu'elles datent d'il y a assez longtemps, sembleraient constituer une preuve beaucoup plus convaincante d'une propension à la malhonnêteté que ne l'est une condamnation pour meurtre. En l'espèce, la condamnation pour meurtre n'a guère aidé le jury à déterminer la propension de l'appellant à dire la vérité; d'un autre côté, pour reprendre les propos qu'a tenus le juge Hutcheon en Cour d'appel, «il se pourrait bien que le fait que l'accusé a été quelques années auparavant déclaré coupable d'une infraction similaire ait eu pour effet de faire pencher la balance contre lui». Les actes posés par le jury au cours du procès en l'espèce ne diminuent aucunement cette possibilité.

Conclusion

Je conclus donc que l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lorsqu'il est pris conjointement avec le salutaire pouvoir discrétionnaire conféré par la *common law* d'écartier toute preuve préjudi-

right to a fair trial nor deprive him of his liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. Here, the trial judge erred in law in failing to recognize the existence of the exclusionary discretion described above and, consequently, in admitting into evidence the previous conviction for murder. Given my belief that the introduction of this evidence was, in the circumstances of the case, unjustifiably prejudicial to the fairness of the appellant's trial, I am unable to conclude that no substantial wrong or miscarriage of justice was occasioned thereby. I would, therefore, allow the appeal, quash the conviction and order a new trial pursuant to s. 613(2)(b) of the *Criminal Code*. I would answer the first constitutional question in the negative and consequently find it unnecessary to answer the second constitutional question.

Appeal dismissed, LA FOREST J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Young & Co., Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, 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: Jacques Gauvin, Ste-Foy.

Solicitor of the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General, Edmonton.

ciable, ne porte atteinte ni au droit d'un accusé à un procès équitable ni à son droit à la liberté, si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur de droit en ne reconnaissant pas l'existence du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion décrit plus haut et, par conséquent, en admettant en preuve la condamnation antérieure pour meurtre. Puisque j'estime que la production de cet élément de preuve a, dans les circonstances de l'espèce, nui d'une manière injustifiable au caractère équitable du procès de l'appellant, je me vois dans l'impossibilité de conclure que cela n'a entraîné aucun préjudice ni aucun déni de justice graves. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès conformément à l'al. 613(2)b) du *Code criminel*. Je suis d'avis de répondre à la première question constitutionnelle par la négative et je juge donc inutile de répondre à la seconde question constitutionnelle.

Pourvoi rejeté, le juge LA FOREST est dissident.

Procureurs de l'appellant: Young & Co., Vancouver.

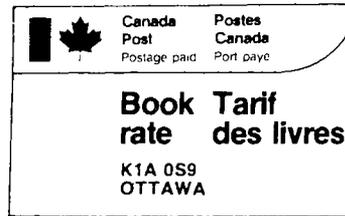
Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Jacques Gauvin, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1988 Vol. 1

5^e cahier, 1988 Vol. 1

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1988.

CONTENTS

Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board) 897

Constitutional law — Applicability of provincial legislation — Occupational health and safety — Federal undertaking — Federal undertaking not complying with provincial regulations on health and safety — Whether provincial legislation which regulates occupational or industrial health and safety conditions in the workplace applicable to a federal undertaking — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)a. — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437 — Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77, ss. 4.04, 14.08.

Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) 749

Constitutional law — Applicability of provincial legislation — Occupational health and safety — Federal undertaking — Whether provincial legislation regulating health and safety in the workplace constitutionally applicable to federal undertaking — Double aspect theory — Impairment — Conflict with federal statute — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), in fine, 92(10), (13), (16) — Act respecting occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63, ss. 33, 36, 37, 40 to 45 — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.

Canadian National Railway Co. v. Courtois 868

Constitutional law — Applicability of provincial legislation — Occupational health and safety — Federal undertaking — Provincial commission of inquiry — Inquiry into railway accident involving trains of federal railway undertaking — Commission

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiŕste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtiŕstes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviŕseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secréttaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1988.

SOMMAIRE

Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) 897

Droit constitutionnel — Applicabilité d'une loi provinciale — Santé et sécurité du travail — Entreprise fédérale — Non-respect par une entreprise fédérale des réglements provinciaux sur la santé et la sécurité — Une loi provinciale qui réglemente les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a. — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 437 — Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77, art. 4.04, 14.08.

Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) 749

Droit constitutionnel — Applicabilité d'une loi provinciale — Santé et sécurité du travail — Entreprise fédérale — Une loi provinciale qui réglemente les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale? — Double aspect — Entrave — Conflit avec la loi fédérale — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), in fine, 92(10), (13), (16) — Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63, art. 33, 36, 37, 40 à 45 — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1.

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois 868

Droit constitutionnel — Applicabilité d'une loi provinciale — Santé et sécurité du travail — Entreprise fédérale — Commission d'enquête provinciale — Enquête relative à un accident

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

created pursuant to provincial occupational health and safety statute — Whether provincial statute regulating occupational health and safety conditions constitutionally applicable to federal undertaking — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10) — Act respecting occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63, ss. 62, 177 to 193.

R. v. Holmes 914

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Possession of house-breaking instruments — Whether accused bearing persuasive burden of establishing lawful excuse to justify his actions where intent to use the instruments for house-breaking purposes admitted — Whether s. 309(1) of the Criminal Code violated s. 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Possession of house-breaking instruments — Burden of proof — Presumption of innocence — Whether accused bearing persuasive burden of establishing lawful excuse to justify his actions where intent to use the instruments for house-breaking purposes admitted — Whether s. 309(1) of the Criminal Code violated s. 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Elements of offence — Burden of proof — Possession of house-breaking instruments — Whether accused's intent to use the instruments for house-breaking an essential element of the offence — Whether accused required to prove innocent intent on a balance of probabilities — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 309(1).

R. v. Parisien 950

Extradition — International law — Rule of Specialty — Extradition arrangement with a foreign state — Prosecution for crimes listed in extradition request — Immunity for crimes committed before surrender — Reasonable opportunity to return to the requested state — Whether immunity from prosecution perpetual — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, s. 33.

SOMMAIRE (Fin)

ferroviaire impliquant des convois d'une entreprise ferroviaire fédérale — Commission constituée en vertu d'une loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail — Une loi provinciale qui réglemente les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle applicable à une entreprise fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10) — Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63, art. 62, 177 à 193.

R. c. Holmes 914

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons — L'accusé a-t-il le fardeau de persuasion pour démontrer l'existence d'une excuse légitime justifiant ses actes lorsque l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons est admise? — L'article 309(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, une telle violation est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons — Charge de la preuve — Présomption d'innocence — L'accusé a-t-il le fardeau de persuasion pour démontrer l'existence d'une excuse légitime justifiant ses actes lorsque l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons est admise? — L'article 309(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, une telle violation est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Éléments de l'infraction — Charge de la preuve — Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons — L'intention de l'accusé d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons constitue-t-elle un élément essentiel de l'infraction? — L'accusé est-il tenu de démontrer une intention innocente suivant la prépondérance des probabilités? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 309(1).

R. c. Parisien 950

Extradition — Droit international — Principe de spécialité — Convention d'extradition conclue avec un État étranger — Poursuite visant des crimes inscrits dans la demande d'extradition — Immunité à l'égard des crimes commis avant l'extradition — Occasion raisonnable de retourner dans l'État requis — L'immunité contre la poursuite est-elle perpétuelle? — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 33.

Commission de la santé et de la sécurité du travail and Ginette Bilodeau *Appellants*

v.

Bell Canada *Respondent*

and

Joanne Carrière-Laniel, Communications Workers of Canada, the Attorney General of Quebec and the Attorney General of Canada *Mis en cause*

INDEXED AS: BELL CANADA v. QUEBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL)

File No.: 19103.

1986: January 30; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Applicability of provincial legislation — Occupational health and safety — Federal undertaking — Whether provincial legislation regulating health and safety in the workplace constitutionally applicable to federal undertaking — Double aspect theory — Impairment — Conflict with federal statute — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), in fine, 92(10), (13), (16) — Act respecting occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63, ss. 33, 36, 37, 40 to 45 — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.

This appeal is part of a trilogy which also includes *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, and *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897. The three appeals, which raise similar questions, were heard consecutively and essentially consolidated for purposes of the hearings. Different provisions of the same statute were at issue in this appeal and in *Canadian National*.

A pregnant woman employed by Bell Canada expressed certain reservations about working on a VDT unit. In accordance with an agreement between Bell Canada and the union, her immediate superior offered her another position which she nevertheless refused. A month later, she gave her superior both a letter confirming that she was pregnant and a protective re-assign-

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Commission de la santé et de la sécurité du travail et Ginette Bilodeau *Appelantes*

c.

^a **Bell Canada** *Intimée*

et

^b **Joanne Carrière-Laniel, le Syndicat des travailleurs en communication du Canada, le procureur général du Québec et le procureur général du Canada** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: BELL CANADA c. QUÉBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL)

^c N° du greffe: 19103.

1986: 30 janvier; 1988: 26 mai.

^d Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^e *Droit constitutionnel — Applicabilité d'une loi provinciale — Santé et sécurité du travail — Entreprise fédérale — Une loi provinciale qui régleme les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale? — Double aspect — Entrave — Conflit avec la loi fédérale — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), in fine, 92(10), (13), (16) — Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63, art. 33, 36, 37, 40 à 45 — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1.*

^g Le présent pourvoi fait partie d'une trilogie qui comprend également *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, et *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897. Les trois pourvois, qui soulèvent des questions similaires, ont été entendus consécutivement et se sont retrouvés presque réunis pour fins d'audition. Des dispositions diverses d'une même loi sont en litige dans le présent pourvoi et dans *Chemins de fer nationaux*.

ⁱ Une femme enceinte employée par Bell Canada a manifesté des réticences à travailler à un écran cathodique. Son supérieur immédiat, conformément à une entente entre Bell Canada et le syndicat, lui a offert un autre poste qu'elle a néanmoins refusé. Un mois plus tard, elle a remis à son supérieur une lettre confirmant qu'elle était enceinte et un certificat de retrait préventif

* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement

ment certificate (ss. 40 and 33 of the *Act respecting occupational health and safety*). Bell Canada challenged the protective re-assignment application. The compensation officer of the Commission de la santé et de la sécurité du travail allowed the application and proceeded to pay the employee the compensation provided for in s. 36 of the Act. Bell Canada then presented a motion for evocation before the Superior Court, asking it to declare *inter alia* that ss. 33, 36, 37 and 40 to 45 of the Act do not apply to a federal undertaking. The Superior Court allowed the motion and the judgment was affirmed by a majority judgment of the Court of Appeal. This appeal raises two constitutional questions: whether ss. 33, 36, 37 and 40 to 45 of the Act are constitutionally applicable to Bell Canada; and, if so, are these sections inoperative in respect of Bell Canada in that they are incompatible or conflicting with federal legislation in the same area applicable to Bell Canada?

Held: The appeal should be dismissed. The first constitutional question is answered in the negative. In view of the answer to the first question, it is not necessary to answer the second.

(1) *Inapplicability of provincial legislation*

Although the objective of the *Act respecting occupational health and safety* is the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers, a detailed analysis of the whole of its provisions demonstrates that the pith and substance of the Act is working conditions, labour relations and the management of an undertaking. In entering the field of prevention of accidents in the workplace, as the legislator has the power to do, and in using, as probably could not be avoided in prevention matters, means such as the right of refusal, protective re-assignment, detailed regulations, inspection and remedial orders, the legislator entered directly and massively into the field of working conditions and labour relations on the one hand and, on the other, into the field of the management and operation of undertakings. In doing so, the legislator precluded itself from aiming at and regulating federal undertakings by the Act.

The Act, characterized as above, cannot be applied to the federal undertakings mentioned in s. 91(29) and s. 92(10)a., b. and c. of the *Constitution Act, 1867*, without regulating essential parts of those undertakings and without making the Act, as a consequence of such an application, a statute dealing with matters that fall within the classes of subject mentioned in those subsections. For federal undertakings, working conditions and labour relations are matters falling within the classes of subject mentioned in s. 91(29) of the *Constitution Act, 1867*, and consequently are within the exclusive jurisdiction of Parliament. It follows that this primary and

(art. 40 et 33 de la *Loi sur la santé et de la sécurité du travail*). Bell Canada a contesté la demande de retrait préventif. L'agent d'indemnisation de la Commission de la santé et de la sécurité du travail a fait droit à la demande et a procédé à verser à l'employée l'indemnité prévue à l'art. 36 de la Loi. Bell Canada a alors présenté à la Cour supérieure une requête en évocation pour faire déclarer, entre autres, que les art. 33, 36, 37 et 40 à 45 de la Loi sont inapplicables à une entreprise fédérale. La Cour supérieure a accueilli la requête et le jugement a été confirmé par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel. Deux questions constitutionnelles sont soulevées dans ce pourvoi: les art. 33, 36, 37 et 40 à 45 de la Loi sont-ils, au plan constitutionnel, applicables à Bell Canada? Si oui, ces articles sont-ils inopérants à l'égard de Bell Canada parce qu'ils seraient incompatibles ou viendraient en conflit avec une législation fédérale dans le même domaine applicable à Bell Canada?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Vu la réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde.

1) *L'inapplicabilité de la loi provinciale*

Bien que la *Loi sur la santé et sur la sécurité du travail* ait pour objectif l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs, une analyse détaillée de l'ensemble de ses dispositions démontre que le caractère véritable de la Loi porte sur les conditions de travail, les relations de travail et la gestion des entreprises. En entrant dans le champ de la prévention des accidents sur les lieux du travail, comme il est en son pouvoir de le faire, et en utilisant, comme il ne pouvait probablement pas éviter de le faire en matière de prévention, des moyens comme le droit de refus, le retrait préventif, la réglementation détaillée, l'inspection et les avis de correction, le législateur est entré directement et massivement d'une part dans le domaine des relations de travail et des conditions de travail et, d'autre part, dans le domaine de la gestion et des opérations des entreprises. Par le fait même, il s'interdisait de viser et d'atteindre par sa loi les entreprises fédérales.

On ne peut appliquer la Loi, qualifiée comme susdit, aux entreprises fédérales mentionnées dans le par. 29 de l'art. 91 et les al. 10a., b. et c. de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sans régir des parties essentielles de ces entreprises et sans faire de la Loi, par le biais d'une telle application, une loi relative à des matières qui tombent dans les catégories de sujets mentionnées dans ces paragraphes. Pour les entreprises fédérales, les relations et les conditions de travail sont des matières qui tombent dans les catégories de sujets visées par le par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui relèvent donc de la compétence exclusive du Parle-

exclusive jurisdiction precludes the application to those undertakings of provincial statutes relating to labour relations and working conditions, since such matters are an essential part of the very management and operation of such undertakings, as with any commercial or industrial undertaking. This is one facet of a more general rule—that of the exclusivity of competent jurisdiction—against making works, things or persons under the special and exclusive jurisdiction of Parliament subject to provincial legislation, when such application would bear on the specifically federal nature of the jurisdiction to which such works, things or persons are subject. Since these matters are within the exclusive authority of Parliament, it is not necessary to consider whether there is a conflict between the federal and provincial legislation.

(2) *Double aspect theory*

The double aspect theory cannot be relied on to support the applicability of the provincial statute to federal undertakings. An examination of the preventive scheme of the *Act respecting occupational health and safety* and the preventive scheme created by the federal legislator in Part IV of the *Canada Labour Code* demonstrates that both legislators are pursuing exactly the same objective by similar techniques and means. The exact correspondence of these two objectives, set forth in ss. 2 of the Act and 79.1 of the Code, indicates that there are not two aspects and two purposes depending on whether the legislation is federal or provincial. The two legislators have legislated for the same purpose and in the same aspect. Yet they do not have concurrent legislative jurisdiction in the case at bar, but mutually exclusive jurisdictions.

The formulation of the double aspect suggested by the Court of Appeal is incorrect in that it is based on an artificial distinction: the Act is considered differently depending on whether it is viewed from the standpoint of employer-employee relations (labour relations) or of the employee alone (his health and safety). Such a distinction is impossible. The provisions of the Act represent working conditions for workers as much as for employers, in view of the correlation between their rights and their obligations. The health and safety of workers are no more than a purely nominal "aspect" and a goal that cannot be attained except by means of a labour relations system based on reciprocal rights and obligations of employers and workers. Working conditions remain a global concept which cannot be divided, and the Act treats them as such. It is impossible to sever the objective sought—the health and safety of workers—from the

ment. Il s'ensuit que cette compétence principale et exclusive empêche l'application à ces entreprises des lois provinciales sur les relations et les conditions de travail, puisque ces matières forment une partie essentielle de la gestion et de l'exploitation ou opération même de ces entreprises, comme de toute entreprise commerciale ou industrielle. C'est là une facette d'un principe plus global, celui de l'exclusivité des compétences, qui interdit la sujétion des ouvrages, des choses ou des personnes qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement aux lois provinciales, lorsqu'une telle sujétion aurait pour conséquence d'atteindre ces ouvrages, choses ou personnes dans ce qui constitue leur spécificité fédérale. Puisque ces matières relèvent de la compétence exclusive du Parlement, il n'y a pas lieu de se demander s'il y a un conflit entre la législation fédérale et la législation provinciale.

2) *La théorie du double aspect*

On ne peut invoquer la théorie du double aspect pour soutenir l'applicabilité de la loi provinciale aux entreprises fédérales. L'examen du régime préventif de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* et du régime préventif mis en place par le législateur fédéral dans la partie IV du *Code canadien du travail* révèle que les deux législateurs y poursuivent exactement le même objet par des techniques et des moyens semblables. L'identité parfaite de ces deux objectifs énoncés aux art. 2 de la Loi et 79.1 du Code démontre qu'il n'y a pas deux aspects et deux fins selon que la législation est fédérale ou provinciale. Les deux législateurs légifèrent pour les mêmes fins et sous le même aspect. Or ils ne disposent pas en l'espèce d'une compétence législative conjointe, mais de compétences législatives mutuellement exclusives.

La formulation du double aspect suggérée par la Cour d'appel est inexacte parce que son raisonnement est erroné en ce qu'il fait une distinction artificielle: elle envisage la Loi différemment selon qu'elle est abordée du point de vue des relations employeur-employé (relations de travail) ou du point de vue de l'employé seulement (sa santé et sa sécurité). Une telle scission est impossible. Les dispositions de la Loi constituent des conditions de travail tant pour les travailleurs que pour les employeurs, vu la corrélation de leurs droits et de leurs obligations. La santé et la sécurité des travailleurs ne sont qu'un «aspect» purement nominal et une fin inaccessible si elles ne se concrétisent pas par un régime de conditions de travail fondé sur les obligations et droits réciproques des employeurs et des travailleurs. Les conditions de travail demeurent un concept global, indissociable, et la Loi les traite comme tel. Il est

nature of the working conditions through which that objective finds expression.

In *Alltrans* the British Columbia Court of Appeal relied on the double aspect theory in finding that the preventive scheme created by the legislation of that province is applicable to federal undertakings. However, the Court of Appeal's reasoning depends on a mistaken determination that the preventive scheme cannot constitutionally be severed from the compensatory scheme established by the same legislation. Provincial workmen's compensation schemes are applicable to federal undertakings because they are not labour relations schemes and they do not constitute working conditions: they do not intervene to compensate workers until after the latter's health or safety has been affected. They also do not impinge on the management or operation of undertakings. They are statutory insurance schemes of no-fault collective liability which replace the former schemes of individual civil liability based on fault. In view of this distinction, when a compensatory scheme and preventive scheme are included in the same statute, it follows that one not only can but one must distinguish between the constitutional law classification of compensatory schemes and that of preventive schemes for purposes of their application to federal undertakings.

(3) *Concept of impairment*

The appellants and the Attorney General of Quebec argued that the Act does not impair the operations and functioning of Bell Canada. This argument might be relevant if it were held that the application of the Act does not bear upon working conditions and labour relations as well as the management of a federal undertaking. Yet precisely because it must be held that the Act encroaches on fields which fall within the exclusive jurisdiction of Parliament and is, for this reason, not applicable to federal undertakings, it is not relevant whether the Act impairs or not the operations and functioning of Bell Canada and Canadian National. In order for the inapplicability of provincial legislation rule to be given effect, it is sufficient that the provincial statute which purports to apply to the federal undertaking affects a vital or essential part of that undertaking, without necessarily going as far as impairing or paralyzing it. If the application of a provincial statute to a federal undertaking has the effect of impairing or paralyzing it, that *a fortiori* is an almost certain sign that such application bears upon the specifically federal nature of the undertaking and constitutes an encroach-

impossible de dissocier la fin poursuivie—la santé et la sécurité du travailleur—du caractère de conditions de travail qu'elle revêt.

Dans l'affaire *Alltrans*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est fondée sur la théorie du double aspect pour trouver le régime préventif établi par la législation de cette province applicable aux entreprises fédérales. Le raisonnement de la Cour d'appel dépend toutefois d'une détermination erronée, savoir que le régime préventif est constitutionnellement indissociable du régime compensateur établi par la même législation. Les régimes provinciaux d'indemnisation des victimes d'accidents du travail sont applicables aux entreprises fédérales parce qu'ils ne sont pas des régimes de relations de travail et qu'ils ne constituent pas des conditions de travail: c'est après que la santé ou la sécurité des travailleurs est atteinte qu'ils interviennent pour indemniser ces derniers. Ils ne touchent pas non plus à la gestion ou aux opérations des entreprises. Ce sont des régimes législatifs d'assurance et de responsabilité collective sans faute, qui remplacent les anciens régimes de responsabilité civile individuelle fondés sur la faute. Compte tenu de cette distinction, lorsqu'un régime de compensation et un régime de prévention se retrouvent à l'intérieur d'une même loi, il s'ensuit non seulement que l'on peut mais que l'on doit distinguer sur le plan constitutionnel entre la classification des régimes de compensation et celle des régimes de prévention pour fins d'application à des entreprises fédérales.

f) 3) *La notion d'entrave*

Les appelantes et le procureur général du Québec soutiennent que la Loi n'entrave pas les opérations et le fonctionnement de Bell Canada. Ce moyen serait peut-être pertinent s'il était décidé que l'application de la Loi ne porte pas sur les conditions et relations du travail ainsi que sur la gestion d'une entreprise fédérale. Mais comme il faut justement décider que la Loi empiète sur un domaine qui relève de la compétence exclusive du Parlement et se trouve pour ce motif inapplicable aux entreprises fédérales, alors il est sans importance que, dans l'hypothèse non retenue où elle s'appliquerait, la Loi entrave ou n'entrave pas les opérations et le fonctionnement de Bell Canada et des Chemins de fer nationaux. Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière. Si l'application d'une loi provinciale à une entreprise fédérale a pour effet de l'entraver ou de la paralyser, c'est là toutefois le signe quasi infaillible que cette sujétion atteint l'entreprise dans ce qui fait sa spécificité fédérale

ment on the exclusive legislative authority of Parliament. Various provisions of the Act are likely to impair the operations and functioning of federal undertakings, which is an additional reason for regarding it as inapplicable to those undertakings, regardless of any conflict between federal and provincial legislation.

(4) Conflict with federal legislation

A procedural conflict between the *Canada Labour Code* and the *Act respecting occupational health and safety* may suffice to render the provincial act inoperative if the conflict is irreconcilable or if it leads to a deadlock. While the mere duplication of two enactments certainly does not make the provincial act inoperative, the differences between the mechanisms resulting in re-assignment in both statutes, between the rights conferred on workers under the two schemes, between the types of danger which give rise to the right, between the procedures and the avenues of appeal, appear to indicate a practical and functional incompatibility between the two groups of provisions. However, it is not necessary to decide this since the provincial statute is not applicable to Bell Canada.

Cases Cited

Followed: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767, aff'g [1966] Q.B. 301; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; referred to: *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licencing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Re Alltrans Express Ltd. and Workers' Compensation Board of British Columbia* (1980), 116 D.L.R. (3d) 79, rev'd (1983), 149 D.L.R. (3d) 385, rev'd [1988] 1 S.C.R. 897; *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969]

et constitue un empiétement sur la compétence législative exclusive du Parlement. De nombreuses dispositions de la Loi sont susceptibles d'entraver les opérations et le fonctionnement des entreprises fédérales, ce qui constitue une raison additionnelle pour la considérer inapplicable à ces entreprises, et ce, en l'absence de tout conflit entre la législation fédérale et la législation provinciale.

4) Le conflit avec la loi fédérale

Un conflit de procédure entre le *Code canadien du travail* et la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* peut suffire à rendre la loi provinciale inopérante s'il est insoluble ou s'il aboutit à une impasse. Quoique le simple dédoublement des deux législations ne pourrait sûrement pas rendre la loi provinciale inopérante, les différences entre les mécanismes qui déclenchent le retrait préventif dans les deux lois, entre les droits qui sont accordés aux travailleurs sous les deux régimes, entre les dangers qui donnent ouverture au droit, entre les procédures et les organismes d'appel, semblent révéler une incompatibilité pratique et opérationnelle entre les deux ensembles de dispositions. Il n'est toutefois pas nécessaire d'en décider puisque la loi provinciale n'est pas applicable à Bell Canada.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767, conf. [1966] B.R. 301; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; arrêts mentionnés: *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Re Alltrans Express Ltd. and Workers' Compensation Board of British Columbia* (1980), 116 D.L.R. (3d) 79, inf. (1983), 149 D.L.R. (3d) 385, inf. [1988] 1 R.C.S. 897; *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien*

S.C.R. 851; *Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 S.C.R. 498; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *Construction Monicalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Northern Telecom Ltd v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Cour des sessions de la paix du district de Montréal v. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural et ornemental, local 711*, [1970] C.A. 512; *Re Field Aviation Co. and International Association of Machinists & Aerospace Workers Local Lodge 1579* (1974), 45 D.L.R. (3d) 751; *Jebsens (U.K.) Ltd. v. Lambert* (1975), 64 D.L.R. (3d) 574; *Joyal c. Air Canada*, [1976] C.S. 1211, rev. on other grounds [1982] C.A. 39; *Re Culley and Canadian Pacific Air Lines Ltd.*, [1977] 1 W.W.R. 393; *Re Attorney-General of Quebec and A. & F. Baillargeon Express Inc.* (1978), 97 D.L.R. (3d) 447; *Re Canadian Pacific Ltd. and Attorney-General of Alberta* (1980), 108 D.L.R. (3d) 738; *Bell Canada v. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1983] C.S. 677; *Canadian Human Rights Commission v. Haynes* (1983), 46 N.R. 381; *Office de la construction du Québec c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, J.E. 83-198; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541; *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Re Forest Industries Flying Tankers Ltd. and Kellough* (1980), 108 D.L.R. (3d) 686; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, rev'g [1983] C.A. 31, rev'g [1982] C.S. 99.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001.
Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1 [formerly S.Q. 1979, c. 45], ss. 52, 78, 79, 89, 94 [am. 1980, c. 5, s. 9], 122.
Act respecting occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63 [now R.S.Q., c. S-2.1].
Act respecting the Ministère de la Santé et des Services sociaux, R.S.Q., c. M-19.2, s. 1 [am. 1985, c. 23, ss. 12, 24].
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 [am. 1977-78, c. 27], ss. 79, 79.1 [ad. 1984, c. 39, s. 17], 80 to 106.1.
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 46 [repl. 1979, c. 63, s. 275], 55.

des relations ouvrières, [1969] R.C.S. 851; *Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 R.C.S. 498; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *Construction Monicalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Cour des sessions de la paix du district de Montréal v. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural et ornemental, local 711*, [1970] C.A. 512; *Re Field Aviation Co. and International Association of Machinists & Aerospace Workers Local Lodge 1579* (1974), 45 D.L.R. (3d) 751; *Jebsens (U.K.) Ltd. v. Lambert* (1975), 64 D.L.R. (3d) 574; *Joyal c. Air Canada*, [1976] C.S. 1211, inf. pour d'autres motifs [1982] C.A. 39; *Re Culley and Canadian Pacific Air Lines Ltd.*, [1977] 1 W.W.R. 393; *Re Attorney-General of Quebec and A. & F. Baillargeon Express Inc.* (1978), 97 D.L.R. (3d) 447; *Re Canadian Pacific Ltd. and Attorney-General of Alberta* (1980), 108 D.L.R. (3d) 738; *Bell Canada c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1983] C.S. 677; *Canadian Human Rights Commission v. Haynes* (1983), 46 N.R. 381; *Office de la construction du Québec c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, J.E. 83-198; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541; *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Re Forest Industries Flying Tankers Ltd. and Kellough* (1980), 108 D.L.R. (3d) 686; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, inf. [1983] C.A. 31, inf. [1982] C.S. 99.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 46 [repl. 1979, chap. 63, art. 275], 55.
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 [mod. 1977-78, chap. 27], art. 79, 79.1 [aj. 1984, chap. 39, art. 17], 80 à 106.1.
Code du travail, L.R.Q., chap. C-27.
Constitution de l'Organisation internationale du Travail, 15 R.T.N.U. 41, préambule.
Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), in fine, 92(10), (13), (16).
Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63 [maintenant L.R.Q., chap. S-2.1].

- Constitution Act, 1867*, ss. 91(29), in fine, 92(10), (13), (16).
- Constitution of the International Labour Organisation*, 15 U.N.T.S. 40, preamble.
- Industrial Health and Safety Regulations*, B.C. Reg. 585/77.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 4, art. 7.
- Labour Code*, R.S.Q., c. C-27.
- Minimum Wage Act*, R.S.Q. 1977, c. S-1.
- Regulation respecting labour standards*, R.R.Q. 1981, c. N-1.1, r. 3.
- Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 437.
- Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1977, c. A-3.
- Loi sur le ministère de la santé et des services sociaux*, L.R.Q., chap. M-19.2, art. 1 [mod. 1985, chap. 23, art. 12, 24].
- Loi sur le salaire minimum*, L.R.Q. 1977, chap. S-1.
- Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q. 1977, chap. A-3.
- Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., chap. A-3.001.
- Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1 [auparavant L.Q. 1979, chap. 45], art. 52, 78, 79, 89, 94 [mod. 1980, chap. 5, art. 9], 122.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 13, art. 7.
- Règlement sur les normes du travail*, R.R.Q. 1981, chap. N-1.1, r. 3.
- Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 437.

Authors Cited

- Bradet, Denis et Bernard Cliche, Martin Racine et France Thibault. *Droit de la santé et de la sécurité du travail: la loi et la jurisprudence commentées*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986.
- David, Éric. «Le droit à la santé comme droit de la personne humaine» (1985), 2 *R.Q.D.I.* 63.
- Gibson, Dale. «Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism» (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 40.
- Gibson, Dale. The 'Federal Enclave' Fallacy in Canadian Constitutional Law» (1976), 14 *Alta. L. Rev.* 167.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986.
- Lippel, Katherine. «Droit des travailleurs québécois en matière de santé (1885-1981)» (1981-82), 16 *R.J.T.* 329.
- Ontario, Ministry of Labour. *Report on the Administration of the Occupational Health and Safety Act*, vol. 1. By G. G. McKenzie et J. I. Laskin, 1987.
- Québec. Ministre d'État au développement social. *Santé et sécurité au travail*. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978.
- Rocheffort, Daniel. «Difficultés d'application de la Loi sur la santé et la sécurité du travail». Dans *Les aspects juridiques de la santé et de la sécurité au travail*. Formation permanente du Barreau du Québec, cours 64, 1982.
- Weiler, Paul C. «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism» (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.
- Bradet, Denis et Bernard Cliche, Martin Racine et France Thibault. *Droit de la santé et de la sécurité du travail: la loi et la jurisprudence commentées*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986.
- David, Éric. «Le droit à la santé comme droit de la personne humaine» (1985), 2 *R.Q.D.I.* 63.
- Gibson, Dale. «Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism» (1969), 47 *R. du B. can.* 40.
- Gibson, Dale. «The 'Federal Enclave' Fallacy in Canadian Constitutional Law» (1976), 14 *Alta. L. Rev.* 167.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986.
- Lippel, Katherine. «Droit des travailleurs québécois en matière de santé (1885-1981)» (1981-82), 16 *R.J.T.* 329.
- Ontario, Ministry of Labour. *Report on the Administration of the Occupational Health and Safety Act*, vol. 1. By G. G. McKenzie et J. I. Laskin, 1987.
- Québec. Ministre d'État au développement social. *Santé et sécurité au travail*. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978.
- Rocheffort, Daniel. «Difficultés d'application de la Loi sur la santé et la sécurité du travail». Dans *Les aspects juridiques de la santé et de la sécurité au travail*. Formation permanente du Barreau du Québec, cours 64, 1982.
- Weiler, Paul C. «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism» (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec, [1984] C.A. 510, 16 D.L.R. (4th) 345, affirming a judgment of the Superior Court, J.E. 82-1021, authorizing a writ of evocation to be issued. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 510, 16 D.L.R. (4th) 345, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 82-1021, qui avait autorisé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi rejeté.

Yves Tardif and *Henri Brun*, for the appellants.

François Mercier, Q.C., and *Raymond Buist*, for the respondent.

Jean-François Jobin, for the mis en cause the Attorney General of Quebec.

Gaspard Côté, Q.C., for the mis en cause the Attorney General of Canada.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—

I—Introduction

This appeal is the third of a trilogy. All three appeals raise similar questions which may be stated as one: is a provincial statute regulating health and safety in the workplace, like the statutes at issue, constitutionally applicable to a federal undertaking?

The first appeal is that of *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897 (“*Alltrans*”). The federal undertaking in question is a trucking business with exclusively interprovincial and international operations. The orders challenged by the undertaking are those of a report by an inspector of the Workers' Compensation Board (the “*Board*”). That report found certain breaches of the *Industrial Health and Safety Regulations*, B.C. Reg. 585/77 (the “*Regulations*”), and noted in particular that, in the maintenance and repair workshops of *Alltrans Express Ltd.*, workers employed by *Alltrans* wore running shoes instead of the safety boots prescribed by the *Regulations*. The report ordered *Alltrans Express Ltd.* to ensure that its workers wore the regulation safety boots. It further ordered the business to establish and maintain a safety committee, in accordance with the *Regulations*. The *Regulations* were promulgated by the *Board* under the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 437, and the inspector's report was made in accordance with that Act and the regulations adopted pursuant to it. *Alltrans Express Ltd.* by a petition asked the Court to declare the orders contained in the inspection

Yves Tardif et *Henri Brun*, pour les appelantes.

François Mercier, c.r., et *Raymond Buist*, pour l'intimée.

Jean-François Jobin, pour le mis en cause le procureur général du Québec.

Gaspard Côté, c.r., pour le mis en cause le procureur général du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—

^c I—Introduction

Ce pourvoi est le troisième d'une trilogie. Les trois pourvois soulèvent des questions similaires que l'on peut résumer en une seule: une loi provinciale qui régleme les conditions de santé et de sécurité du travail, comme les lois en litige, est-elle constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale?

^e Le premier pourvoi est celui de *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897 («*Alltrans*»). L'entreprise fédérale en question est une entreprise de transport par camion dont les opérations sont exclusivement interprovinciales et internationales. Les ordonnances que l'entreprise conteste sont celles du rapport d'un inspecteur du Workers' Compensation Board (le «*Board*»). Ce rapport relève certaines infractions aux *Industrial Health and Safety Regulations*, B.C. Reg. 585/77 (les «*Regulations*»), et note particulièrement que, dans les ateliers d'entretien et de réparation de *Alltrans Express Ltd.*, des travailleurs employés de ^f *Alltrans* portent des espadrilles au lieu des chaussures de sécurité prescrites par le règlement. Le rapport ordonne à *Alltrans Express Ltd.* de faire en sorte que ses travailleurs portent les chaussures de sécurité réglementaires. Il lui ordonne en outre ^g d'établir et de maintenir, conformément au règlement, un comité de sécurité. Les *Regulations* ont été promulgués par le *Board* en vertu du *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 437, et le rapport de l'inspecteur a été fait en vertu de la même loi et des règlements adoptés sous son ^h empire. *Alltrans Express Ltd.* demande par ⁱ

report invalid on the ground that they fell within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada.

The second appeal is that of *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868 ("Canadian National"). A collision between two trains owned by Canadian National Railway Co. cost the lives of three employees of that federal undertaking and injured a fourth. An inspector, Christiane Courtois, initiated an investigation into the railway accident and sent subpoenas to Canadian National employees. In doing so, she was acting pursuant to ss. 62 and 177 to 193 of the *Act respecting occupational health and safety*, S.Q. 1979, c. 63 (the "Act"), which require an employer to prepare an accident report and empower an inspector appointed by the Commission de la santé et de la sécurité du travail (the "C.S.S.T.") to investigate and issue remedial orders requiring any person to comply with the *Act* or regulations and fixing a time within which such person must comply. Canadian National sought by evocation to halt the holding of this investigation on the ground, *inter alia*, that the *Act* does not constitutionally apply to them and that the inspector had no jurisdiction to hold the investigation.

Finally, in the appeal at bar ("*Bell Canada*"), the question is whether the *Act*, and in particular its ss. 33, 36, 37 and 40 to 45, regarding the protective re-assignment of a pregnant worker, are constitutionally applicable to respondent Bell Canada, another federal undertaking.

If it is found that the *Act* is constitutionally applicable to Canadian National and to Bell Canada, it will also be necessary to decide whether the provisions of this provincial *Act* are rendered inoperative on account of their inconsistency with the valid provisions of a federal statute. This second question no longer arises in *Alltrans*, as all parties now concede that there is no conflict between the provincial and the federal statutes.

requête que les ordonnances contenues au rapport d'inspection soient déclarées invalides au motif qu'elles relèvent de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada.

Le deuxième pourvoi est celui de *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868 («*Chemins de fer nationaux*»). Une collision entre deux convois ferroviaires appartenant à la Compagnie des chemins de fer nationaux a coûté la vie à trois employés de cette entreprise fédérale et en a blessé un quatrième. L'inspectrice Christiane Courtois ouvre une enquête sur l'accident ferroviaire et adresse des subpoenas à des employés des Chemins de fer nationaux. Pour ce faire, elle s'autorise des art. 62 et 177 à 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1979, chap. 63 (la «*Loi*»), qui obligent un employeur à faire un rapport d'accident et qui habilite un inspecteur désigné par la Commission de la santé et de la sécurité du travail (la «*C.S.S.T.*») à faire enquête et à émettre des avis de correction enjoignant une personne de se conformer à la loi ou aux règlements et à fixer un délai pour y parvenir. C'est la tenue de cette enquête que les Chemins de fer nationaux tentent d'arrêter par voie d'évocation au motif, entre autres, que la *Loi* ne leur est pas constitutionnellement applicable et que l'inspectrice n'a aucune juridiction pour tenir cette enquête.

Enfin, dans le présent pourvoi («*Bell Canada*»), il faut décider si la *Loi*, et particulièrement ses art. 33, 36, 37 et 40 à 45, relatifs au retrait préventif de la travailleuse enceinte, sont constitutionnellement applicables à l'intimée Bell Canada, une autre entreprise fédérale.

Dans l'hypothèse où il faudrait conclure que la *Loi* est constitutionnellement applicable aux Chemins de fer nationaux et à Bell Canada, il serait aussi nécessaire de décider si les dispositions de cette loi provinciale sont rendues inopérantes en raison de leur incompatibilité avec les dispositions valides d'une loi fédérale. Cette deuxième question ne se pose plus dans *Alltrans* où il est maintenant concédé par tous les intéressés qu'il n'y a pas de conflit entre la loi provinciale et la loi fédérale.

In *Alltrans*, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Canada intervened at trial, the former in support of the *Board's* position and the latter in support of the position of Alltrans Express Ltd. The Attorney General of Quebec also intervened in *Alltrans* in this Court, where he supported the conclusions of the Attorney General of British Columbia.

The Attorney General of Quebec and the Attorney General of Canada were impleaded at trial in *Canadian National* and in *Bell Canada*, and in all courts they supported, in the one case, the position of *C.S.S.T.*, and in the other, the positions of *Canadian National* and *Bell Canada*.

In this Court, the three appeals were heard consecutively in the order indicated above, but were essentially joined for purposes of the hearing. Counsel heard in the second and third appeals thus adopted arguments put forward in the first or the second, and also answered questions put by the Court in the first or second appeal. Additionally, the judgment of the Quebec Court of Appeal in *Bell Canada* was based, at least in part, on reasons of the British Columbia Court of Appeal in *Alltrans*, and the Superior Court judgment in *Canadian National* referred to the trial judgment in *Alltrans*.

As the three appeals were treated jointly to this extent, the applicable principles will only have to be reviewed once.

Finally, the provisions at issue in *Canadian National* and in *Bell Canada* are various provisions of the same statute, the *Act*. These provisions will have to be examined in the context of the *Act* as a whole and the general scheme of the *Act* looked at in order to characterize and classify it for constitutional purposes. Here again, it will only be necessary to examine the *Act* once.

It is the case at bar, heard last of the three, which, in my view, best lends itself to examination

Dans *Alltrans*, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada sont intervenus dès la première instance, l'un pour soutenir la position du *Board* et l'autre pour soutenir celle de Alltrans Express Ltd. Le procureur général du Québec est également intervenu dans *Alltrans* au niveau de cette Cour où il a soutenu les conclusions du procureur général de la Colombie-Britannique.

Le procureur général du Québec et le procureur général du Canada ont été mis en cause dès la première instance dans *Chemins de fer nationaux* comme dans *Bell Canada* et, dans toutes les cours, ils ont soutenu, l'un la position de la *C.S.S.T.* et l'autre, celles des *Chemins de fer nationaux* et de *Bell Canada*.

En cette Cour, les trois pourvois ont été entendus consécutivement dans l'ordre indiqué plus haut mais ils se sont trouvés presque réunis pour fins d'audition. C'est ainsi que les procureurs entendus dans le deuxième et le troisième pourvoi ont adopté des arguments proposés dans le premier ou le deuxième et ont également répondu à des questions posées par la Cour dans le premier ou le deuxième pourvoi. Au surplus, l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Bell Canada* s'appuie, du moins en partie, sur les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Alltrans* comme le jugement de la Cour supérieure dans les *Chemins de fer nationaux* réfère au jugement de première instance dans *Alltrans*.

Vu ce degré d'intégration entre les trois pourvois, il ne sera nécessaire de procéder qu'une seule fois à la révision des principes applicables.

Enfin, les dispositions en litige dans *Chemins de fer nationaux* et dans *Bell Canada* sont des dispositions diverses d'une même loi, la *Loi*. Il faudra replacer ces dispositions dans le contexte de la *Loi* considérée dans son ensemble et étudier l'économie générale de celle-ci afin de la qualifier et de la classer au plan constitutionnel. Ici encore, il ne sera nécessaire de procéder qu'une seule fois à l'étude de cette loi.

C'est la présente affaire, entendue en troisième lieu, qui me paraît se prêter le mieux à l'étude de

of the *Act* and of the applicable principles, and I will begin with it.

II—Facts

The facts are not in dispute. The trial judge summarized them to the satisfaction of Monet J.A., dissenting in the Court of Appeal, and Beauregard and Tyndale J.J.A., in the majority, had no reservations in this regard. In its factum respondent accepted the statement of facts contained in appellants' factum, but added certain other facts alleged under oath in its motion for evocation, which in any case must be taken as proven at this stage of the proceedings.

The following composite statement closely follows these three summaries, and indeed largely adopts their wording:

The *C.S.S.T.* is an agency created by s. 137 of the *Act*. It is a corporation within the meaning of the *Civil Code* and is responsible, *inter alia*, for implementing the *Act*.

At all relevant times, Ginette Bilodeau was a compensation officer with *C.S.S.T.*

Bell Canada is a telecommunications undertaking incorporated by a special Act of the Parliament of Canada and has been declared to be for the general advantage of Canada. It operates a telecommunications network linking Quebec with Ontario and part of the Northwest Territories.

At all relevant times Joanne Carrière-Laniel was employed by Bell Canada in Valleyfield as a telephone operator. The telephone exchange in which she worked handled, *inter alia*, long distance calls requiring operator assistance and the directory assistance service.

At all relevant times, the Communications Workers of Canada Union was certified by the Canada Labour Relations Board to represent Bell Canada employees, including Mrs. Carrière-Laniel. It had negotiated a collective agreement with Bell Canada for the bargaining unit that included Mrs. Carrière-Laniel. This agreement was in effect from March 30, 1980 to November 24, 1981. In it Bell Canada and the union agreed that a pregnant employee who was reluctant to work on a VDT unit had a choice of applying for unpaid leave or being assigned other duties within the bargaining unit. This agreement was first expressed in a letter and then in a memorandum of understanding, which was then incor-

la *Loi* comme à la révision des principes applicables, et c'est par elle que je commence.

II—Les faits

Les faits ne sont pas en litige. Le premier juge les résume à la satisfaction du juge Monet, dissident en Cour d'appel, et sans que les juges Beauregard et Tyndale, qui forment la majorité, expriment de réserve à ce sujet. Dans son mémoire, l'intimée accepte l'exposé des faits que l'on trouve dans le mémoire des appelantes mais y ajoute quelques autres faits allégués sous serment dans sa requête en évocation et que, de toute façon, il faut tenir pour avérés à ce stade des procédures.

C'est en m'inspirant étroitement de ces trois résumés, au point d'en utiliser en bonne partie le texte même, que je donne l'exposé composite qui suit:

La *C.S.S.T.* est un organisme institué par l'art. 137 de la *Loi*. Elle est une corporation au sens du *Code civil* et est notamment responsable de l'application de la *Loi*.

Ginette Bilodeau était, en tout temps pertinent au litige, agent d'indemnisation à la *C.S.S.T.*

Bell Canada est une entreprise de télécommunications incorporée par une loi spéciale du Parlement du Canada et elle a été déclarée être à l'avantage général du Canada. Elle exploite un réseau de télécommunications reliant le Québec à l'Ontario et une partie des Territoires du Nord-Ouest.

Joanne Carrière-Laniel était, en tout temps pertinent au litige, employée de Bell Canada à titre de téléphoniste à Valleyfield. Le bureau des téléphonistes dans lequel elle travaillait assurait, entre autres, l'acheminement des appels interurbains requérant l'aide d'un téléphoniste ainsi que le service d'assistance-annuaire.

Le Syndicat des travailleurs en communication du Canada était, en tout temps pertinent au litige, accrédité par le Conseil canadien des relations de travail pour représenter des employés de Bell Canada et notamment Madame Carrière-Laniel. Il avait convenu avec Bell Canada d'une convention collective pour l'unité de négociation dont faisait partie Madame Carrière-Laniel. Cette entente fut en vigueur du 30 mars 1980 au 24 novembre 1981. Bell Canada et le Syndicat y conviennent qu'une employée enceinte qui manifeste des réticences à travailler à un écran cathodique a le choix, soit d'obtenir un congé sans solde, soit d'être appelée à d'autres tâches au sein de l'unité de négociation. Cette

porated in the collective agreement when it was renewed on March 22, 1982.

Bell Canada planned to convert the Valleyfield telephone exchange to VDT units on May 23, 1981. When Mrs. Carrière-Laniel learned of her employer's intention in this regard, knowing she was pregnant, she expressed certain reservations to her immediate superior on May 5, 1981 about working with VDT units. On May 11, her superior offered her another position. Mrs. Carrière-Laniel refused.

On May 23, 1981 the Valleyfield office was equipped with VDT units. Mrs. Carrière-Laniel was then on leave until June 7. By various applications, the first of which was made on June 5, 1981, Mrs. Carrière-Laniel obtained unpaid maternity leave for the period from June 8, 1981 to July 18, 1982. Mrs. Carrière-Laniel has not been back to work for Bell Canada since May 23, 1981. She finally resigned on July 9, 1982.

In the meantime, on June 9, 1981 Mrs. Carrière-Laniel gave her immediate superior a letter from a physician confirming that she was pregnant. On the same day she gave her superior a protective re-assignment certificate (ss. 40 and 33 of the *Act*). On July 7, 1981, Bell Canada challenged this protective re-assignment application on the form provided for the purpose.

Ginette Bilodeau had the responsibility of deciding on the application for protective re-assignment by Mrs. Carrière-Laniel. In an undated decision she allowed the application and proceeded to have the *C.S.S.T.* pay Mrs. Carrière-Laniel the compensation provided for in s. 36 of the *Act*, in this case, the sum of \$5,535.81.

By its motion in evocation Bell Canada is asking the Court to declare that the undated decision by Ginette Bilodeau, apparently already put into effect, was *ultra vires* the *C.S.S.T.* and cannot be set up against applicant, and if necessary to quash and set aside that decision. It is also asking the Court to declare that ss. 33, 36, 37 and 40 to 45 of the *Act* do not apply to it.

It may be added that if the *Act* does not apply to Bell Canada, the latter would not be required to pay Mrs. Carrière-Laniel an indemnity amounting to five regular working days, which the *C.S.S.T.* directed it to pay its former employee pursuant to s. 36 of the *Act*.

entente prit d'abord la forme d'une lettre, puis d'un protocole d'entente, lequel fut ensuite incorporé à la convention collective lors de son renouvellement, le 22 mars 1982.

a Bell Canada avait prévu transformer, le 23 mai 1981, le bureau des téléphonistes à Valleyfield pour l'équiper d'écrans cathodiques. Ayant appris l'intention de son employeur à cet égard et compte tenu du fait qu'elle était enceinte, Madame Carrière-Laniel manifesta, le 5 mai 1981, à son supérieur immédiat, certaines réticences à travailler avec des écrans cathodiques. Son supérieur lui offrit un autre poste le 11 mai. Madame Carrière-Laniel refusa.

c Le 23 mai 1981, le bureau de Valleyfield fut équipé d'écrans cathodiques. Madame Carrière-Laniel était alors en vacances jusqu'au 7 juin. Par différentes demandes dont la première fut formulée le 5 juin 1981, Madame Carrière-Laniel obtint des congés sans solde et de maternité pour la période du 8 juin 1981 au 18 juillet 1982. Madame Carrière-Laniel ne revint plus travailler pour Bell Canada depuis le 23 mai 1981. Elle remit finalement sa démission le 9 juillet 1982.

e Entre-temps, Madame Carrière-Laniel avait remis, le 9 juin 1981, à son supérieur immédiat, la lettre d'un médecin confirmant qu'elle était enceinte. Le même jour, elle remit à son supérieur un certificat de retrait préventif (art. 40 et 33 de la *Loi*). Le 7 juillet 1981, Bell Canada contestait cette demande de retrait préventif sur la formule prévue à cette fin.

f Ginette Bilodeau fut chargée de la demande de retrait préventif formulée par Madame Carrière-Laniel. Dans une décision non datée, elle a fait droit à la demande et a procédé à faire verser à Madame Carrière-Laniel par la *C.S.S.T.* l'indemnité prévue à l'article 36 de la *Loi*, soit dans ce cas la somme de 5 535,81 \$.

h Par sa requête en évocation, Bell Canada cherche à faire déclarer *ultra vires* des pouvoirs de la *C.S.S.T.* et inopposables à la requérante et, au besoin, à faire casser et annuler la décision non datée rendue par Ginette Bilodeau et apparemment déjà exécutée. Elle cherche également à faire déclarer que les art. 33, 36, 37 et 40 à 45 de la *Loi* lui sont inapplicables.

i Ajoutons que si la *Loi* est inapplicable à Bell Canada, celle-ci ne serait pas obligée de verser à M^{me} Carrière-Laniel une indemnité équivalant à cinq jours de travail régulier que la *C.S.S.T.* l'a sommée de payer à son ancienne employée en vertu de l'art. 36 de la *Loi*.

III—Summary of Applicable Principles

To facilitate an understanding of the judgments of the lower courts and the arguments put forward by the parties, I think it is best to summarize at the outset the rules which have so far been applied by the courts and in accordance with which this Court must resolve the question stated at the start of these reasons and presented by the three appeals. These rules are well known and most of them need only be stated in the form of propositions: a more critical study of them can be made when it comes time to apply them to the circumstances of the case at bar, namely the classification of the impugned legislation.

Proposition One

General legislative jurisdiction over health belongs to the provinces, subject to the limited jurisdiction of Parliament ancillary to the powers expressly conferred by s. 91 of the *Constitution Act, 1867* or the emergency power relating to the peace, order and good government of Canada: *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 137, reasons of Dickson J.—as he then was—writing for seven judges of this Court. This jurisdiction has historically been seen as resting with the provinces under s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*, “Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province”, although the considerable dimensions of this jurisdiction were probably not foreseen in 1867.

Proposition Two

In principle, labour relations and working conditions fall within the exclusive jurisdiction of the provincial legislatures: these matters fall into the class of subjects mentioned in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, “Property and Civil Rights in the Province”: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396 (“*Snider*”).

Proposition Three

Notwithstanding the rule stated in proposition two, Parliament is vested with exclusive legislative jurisdiction over labour relations and working con-

III—Résumé des principes applicables

Afin de faciliter la compréhension des jugements et arrêts d'instance inférieure ainsi que des moyens invoqués par les parties, il me paraît utile de résumer dès maintenant les principes retenus jusqu'ici par la jurisprudence et qui permettent de trancher la question énoncée au début de ces motifs et que soulèvent les trois pourvois. Ces principes sont bien connus et il suffira de formuler simplement la plupart d'entre eux sous forme de propositions, quitte à en faire une étude plus critique une fois venue l'étape de leur application aux circonstances de l'espèce, c'est-à-dire de la classification de la législation attaquée.

Première proposition

La compétence législative générale en matière de santé appartient aux provinces, sous réserve de la compétence limitée du Parlement, accessoire aux attributions expresses de compétence de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou consécutive au pouvoir d'urgence relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du Canada: *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 137 des motifs du juge Dickson—il n'était pas encore Juge en chef—qui écrit au nom de sept juges de cette Cour. Cette compétence a été historiquement considérée comme dévolue aux provinces par le par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, «Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province», quoique l'on n'ait probablement pas entrevu en 1867 la portée considérable de cette compétence.

Deuxième proposition

Les relations de travail et les conditions de travail ou d'emploi relèvent en principe de la compétence exclusive des législatures provinciales; il s'agit là de matières tombant dans la catégorie de sujets mentionnée au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, «La propriété et les droits civils dans la province»: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396 («*Snider*»).

Troisième proposition

Par dérogation au principe énoncé dans la deuxième proposition, le Parlement est investi d'une compétence législative exclusive sur les rela-

ditions when that jurisdiction is an integral part of its primary and exclusive jurisdiction over another class of subjects, as is the case with labour relations and working conditions in the federal undertakings covered by ss. 91(29) and 92(10)*a*, *b*. and *c*. of the *Constitution Act, 1867*, that is undertakings such as Alltrans Express Ltd., Canadian National and Bell Canada. It follows that this primary and exclusive jurisdiction precludes the application to those undertakings of provincial statutes relating to labour relations and working conditions, since such matters are an essential part of the very management and operation of such undertakings, as with any commercial or industrial undertaking: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248 (the “*Postal Service Case 1948*”); *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (the “*Stevedoring Case*”); *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767 (“*Bell Canada 1966*”). This third proposition reflects, at least in part, a constitutional theory which commentators who have criticized it have called the theory of “interjurisdictional immunity”. I will return to this below.

It should however be noted that the rules stated in this third proposition appear to constitute only one facet of a more general rule: works, such as federal railways, things, such as land reserved for Indians, and persons, such as Indians, who are within the special and exclusive jurisdiction of Parliament, are still subject to provincial statutes that are general in their application, whether municipal legislation, legislation on adoption, hunting or the distribution of family property, provided however that the application of these provincial laws does not bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction: *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (“*Bonsecours*”); *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751 (“*Natural Parents*”); *Dick v. The*

tions de travail et les conditions de travail ou d’emploi lorsque cette compétence fait partie intégrante de sa compétence principale et exclusive sur une autre catégorie de sujets, comme c’est le cas pour les relations et conditions de travail des entreprises fédérales visées par les par. 91(29) et 92(10)*a*, *b*. et *c*. de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit des entreprises telles Alltrans Express Ltd., les Chemins de fer nationaux et Bell Canada. Il s’ensuit que cette compétence principale et exclusive empêche l’application à ces entreprises des lois provinciales sur les relations de travail et les conditions de travail ou d’emploi, puisque ces matières forment une partie essentielle de la gestion et de l’exploitation ou opération même de ces entreprises, comme de toute entreprise commerciale ou industrielle: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248 («*Affaire du service postal 1948*»); *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 («*Affaire des débardeurs*»); *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767 («*Bell Canada 1966*»). Cette troisième proposition reflète, du moins en partie, une théorie constitutionnelle que des auteurs qui la critiquent ont nommée—et je traduis littéralement—théorie de l’immunité interjuridictionnelle—«*interjurisdictional immunity*». J’y reviendrai.

Il y a lieu de noter cependant que les principes énoncés dans cette troisième proposition ne constituent qu’une facette d’un principe plus général: des ouvrages, tels les chemins de fer fédéraux, des choses, telles les terres réservées aux Indiens, des personnes, telles les Indiens, qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement, demeurent assujettis aux lois provinciales d’application générale, qu’il s’agisse de lois municipales, de lois sur l’adoption, de lois sur la chasse, de lois sur le partage des biens familiaux, pourvu toutefois que cet assujettissement n’ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale: *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 («*Bonsecours*»); *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751

Queen, [1985] 2 S.C.R. 309; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285.

Proposition Four

Several years before the exclusive legislative jurisdiction of Parliament over the working conditions and management of federal undertakings was recognized and established, the Judicial Committee of the Privy Council had held that provincial workmen's compensation schemes were applicable to federal undertakings: *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 ("*Workmen's Compensation Board*").

Viscount Haldane, writing the reasons of the Judicial Committee, described the right of a victim of an industrial accident or the members of the victim's family as follows, at p. 191:

The right conferred ... is the result of a statutory condition of the contract of employment ... This right arises, not out of tort, but out of a workman's statutory contract.

However, in *Bell Canada 1966*, Martland J., writing the unanimous reasons for judgment, took a different view at pp. 773-74 of the right conferred by the legislation impugned in *Workmen's Compensation Board*:

Compensation was payable not by the employer, but out of a fund administered by the Board to which employers were required to contribute. Viscount Haldane (p. 191) refers to the employee's right under the Act as the result of a "statutory condition of employment", but I think it is more accurately described as a statutory right. The Act did not purport to regulate the contract of employment. What it did do was to create certain new legal rights which were to be in lieu of all rights of action to which the employee or his dependants might otherwise have been entitled at common law or by statute.

It should be noted that, side by side with workmen's compensation statutes which have a compensatory purpose, legislators have in recent decades gradually adopted other legislation with a preventive purpose.

(«*Parents naturels*»); *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285.

a Quatrième proposition

Plusieurs années avant que ne soit reconnue et consacrée la compétence législative exclusive du Parlement sur les conditions de travail et la gestion des entreprises fédérales, le Comité judiciaire du Conseil privé avait décidé que les régimes provinciaux d'indemnisation des victimes d'accidents du travail sont applicables aux entreprises fédérales: *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 («*Workmen's Compensation Boards*»).

Le vicomte Haldane qui a rédigé les motifs du Comité judiciaire qualifie comme suit, à la p. 191, le droit de la victime d'un accident du travail ou des membres de sa famille:

[TRADUCTION] Le droit [...] conféré [...] résulte d'une condition du contrat d'emploi légalement imposée [...] Ce droit ne provient pas d'un délit, mais du contrat de l'ouvrier découlant de la loi.

Cependant, dans *Bell Canada 1966*, le juge Martland, qui a écrit les motifs unanimes de l'arrêt, qualifie autrement, aux pp. 773 et 774, le droit conféré par la législation attaquée dans *Workmen's Compensation Board*:

[TRADUCTION] Ce n'était pas l'employeur qui devait verser cette indemnité, mais un fonds qu'administrait la Commission et auquel les employeurs étaient tenus de cotiser. Le vicomte Haldane parle (p. 191) du droit que l'employé tient de cette loi comme étant la conséquence d'une «condition du contrat d'emploi légalement imposée», mais je pense qu'il est plus exact de le décrire comme un droit découlant de la loi. La loi ne visait pas à réglementer le contrat d'emploi. Elle se contentait de créer certains droits nouveaux, qui devaient remplacer tous les droits d'ester en justice qu'auraient pu avoir par ailleurs l'employé ou les personnes à sa charge, que ce soit en *common law* ou en vertu de la loi.

Il importe de souligner que, parallèlement aux lois sur les accidents du travail dont l'objet est indemnitaire, les législateurs ont graduellement adopté, principalement lors des dernières décennies, d'autres lois d'un caractère cette fois préventif.

In British Columbia the preventive provisions, which are the only ones in question, were incorporated into the *Workers Compensation Act* which as its title indicates also contains compensatory provisions. Some have even concluded that the compensatory provisions have become a matter of secondary importance. This was observed by Lambert J.A., writing the reasons of the British Columbia Court of Appeal in *Alltrans* (1983), 149 D.L.R. (3d) 385, at p. 389:

In Mr. Justice Tysoe's report as commissioner on a commission of inquiry into the *Workmen's Compensation Act* of British Columbia dated November 25, 1965, and published by the Queen's Printer for British Columbia in 1966, he said, at p. 118, that the principal "purpose of the Act is not to furnish financial benefits; and that the first object is to keep work-connected injuries to a minimum, and the second is the restoration of injured workmen, physically and economically".

In Quebec, the *Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1977, c. A-3, in force at the time of the events giving rise to these proceedings, was repealed in 1985 and replaced by the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001. Both the former and the new industrial accident legislative regimes have retained their compensatory character, even though the 1985 statute is administered by the *C.S.S.T.*, replacing the Commission des accidents du travail. By comparison, the very elaborate scheme of preventive measures is contained instead in the *Act* and also, in part, in the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1.

What was held by the Judicial Committee in *Workmen's Compensation Board* to be applicable to a federal undertaking was the compensatory scheme established by the statute at issue in that case.

It is true that this statute also included a provision empowering the Board to enact preventive regulations, and the Judicial Committee mentions this provision at p. 190; but the primary purpose of the impugned legislation is determined by the Judicial Committee at p. 188:

En Colombie-Britannique, les dispositions d'un caractère préventif, qui sont seules attaquées, ont été insérées dans le *Workers Compensation Act* lequel, comme son titre l'indique, comprend également le régime d'indemnisation. On a été jusqu'à penser que le régime d'indemnisation s'en trouvait relégué au deuxième plan. C'est ce que remarque le juge Lambert, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Alltrans* (1983), 149 D.L.R. (3d) 385, à la p. 389:

[TRADUCTION] Dans le rapport en date du 25 novembre 1965 qu'il a rédigé en sa qualité de membre d'une commission chargée de faire enquête sur la *Workmen's Compensation Act* de la Colombie-Britannique et qui a été publié en 1966 par l'Imprimeur de la Reine de cette province, le juge Tysoe dit, à la p. 118, que le principal «objet de la Loi n'est pas de procurer à qui que ce soit un avantage financier, mais qu'elle vise en premier lieu à réduire au minimum les accidents du travail et en deuxième lieu à remettre d'aplomb, physiquement et pécuniairement, les ouvriers victimes de tels accidents».

Au Québec, la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q. 1977, chap. A-3, en vigueur lors des événements qui ont donné naissance aux procédures actuelles, a été modifiée en 1985 et remplacée par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., chap. A-3.001. Tant le nouveau que l'ancien régime législatif en matière d'accidents industriels a conservé un caractère compensateur, même si la nouvelle loi est désormais administrée par la *C.S.S.T.* qui se substitue à la Commission des accidents du travail. À titre comparatif, le régime fort élaboré de mesures préventives se retrouve plutôt dans la *Loi* et, en partie aussi, dans la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1.

Ce que le Comité judiciaire a jugé applicable à une entreprise fédérale dans *Workmen's Compensation Board*, c'est le régime compensateur établi par la loi attaquée dans cet arrêt-là.

Il est vrai que cette loi comportait également une disposition habilitant le Board à édicter des règlements préventifs, et le Comité judiciaire fait mention de cette disposition à la p. 190. Mais à la p. 188 le Comité judiciaire détermine le caractère principal de la loi attaquée:

It was passed in 1916, and its primary purpose is to confer on workmen, out of an accident fund which it established, compensation for personal injury by accident arising out of and in the course of their employment.

Proposition Five

Proposition five is the double aspect theory, which appears to have been stated for the first time in *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at p. 130:

... subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91.

It follows from this theory that two relatively similar rules or sets of rules may validly be found, one in legislation within exclusive federal jurisdiction, and the other in legislation within exclusive provincial jurisdiction, because they are enacted for different purposes and in different legislative contexts which give them distinct constitutional characterizations.

Thus the prohibition from driving a motor vehicle imposed following a conviction for driving while intoxicated may be the penalty for a criminal offence, validly enacted by Parliament, just as the suspension of a driving licence may be validly prescribed by a province for highway safety reasons: *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396.

Similarly, false prospectuses may be the subject of valid federal legislation from the criminal law standpoint, as well as of equally valid provincial legislation from the standpoint of regulating securities trading: *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776.

Similarly, rules regarding "insider trading" may be regarded as belonging to corporate law within exclusive federal jurisdiction in the case of federally-incorporated companies and as regulation of trade in securities within exclusive provincial jurisdiction, applicable to federally-incorporated companies, provided the latter are not singled

[TRADUCTION] Adoptée en 1916, son premier but est de verser une compensation aux ouvriers, à même un fonds qu'elle a établi, pour les blessures subies au cours d'accidents survenus par le fait ou à l'occasion de leur travail.

Cinquième proposition

La cinquième proposition est la théorie du double aspect, énoncée pour la première fois semble-t-il dans *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, à la p. 130:

[TRADUCTION] ... les sujets qui, sous un certain aspect et pour une certaine fin, relèvent de l'art. 92, peuvent, sous un autre aspect et pour une autre fin, relever de l'art. 91.

Il découle de cette théorie que deux règles ou ensembles de règles relativement semblables peuvent valablement se retrouver, l'une dans une législation relevant de la compétence fédérale exclusive, et l'autre dans une législation relevant de la compétence provinciale exclusive, parce qu'elles sont édictées pour des fins différentes et dans des contextes législatifs différents dont elles tirent des qualifications distinctes.

Ainsi, la prohibition de conduire un véhicule automobile à la suite d'une condamnation pour conduite en état d'ivresse peut constituer la sanction d'un acte criminel, valablement décrétée par le Parlement, tout autant que la conséquence du retrait du permis de conduire valablement prescrit par une province pour des fins de sécurité routière: *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] R.C.S. 396.

De même, les faux prospectus peuvent être l'objet de dispositions fédérales valides, sous l'aspect du droit criminel, tout autant que de dispositions provinciales également valides, sous l'aspect de la réglementation du commerce des valeurs mobilières: *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776.

De même, des dispositions concernant les «opérations des dirigeants» («insider trading») peuvent être considérées comme du droit corporatif de compétence fédérale exclusive lorsqu'il s'agit de compagnies à charte fédérale, et comme une réglementation du commerce des valeurs mobilières, de compétence provinciale exclusive, applicables aux

out and their essential powers are not impaired: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161.

So too public nudity may be prohibited by Parliament in a criminal law context, and also be the subject of provincial regulation of entertainment in public houses operated under a provincial licence: *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59.

However, in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588, Viscount Haldane issued a warning about the double aspect theory. This is what he said about this theory, at p. 596:

... [it] is now well established, but none the less ought to be applied only with great caution

The reason for this caution is the extremely broad wording of the exclusive legislative powers listed in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* and the risk that these two fields of exclusive powers will be combined into a single more or less concurrent field of powers governed solely by the rule of paramountcy of federal legislation. Nothing could be more directly contrary to the principle of federalism underlying the Canadian Constitution: see *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, at p. 525.

The double aspect theory is neither an exception nor even a qualification to the rule of exclusive legislative jurisdiction. Its effect must not be to create concurrent fields of jurisdiction, such as agriculture, immigration and old age pensions and supplementary benefits, in which Parliament and the legislatures may legislate on the same aspect. On the contrary, the double aspect theory can only be invoked when it gives effect to the rule of exclusive fields of jurisdiction. As its name indicates, it can only be applied in clear cases where the multiplicity of aspects is real and not merely nominal.

compagnies à charte fédérale, pourvu que celles-ci ne soient pas traitées de façon discriminatoire et que leurs pouvoirs essentiels soient respectés: *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

De même, la nudité en public peut être prohibée par le Parlement dans le cadre du droit criminel, et aussi faire l'objet d'une réglementation provinciale des spectacles dans les débits de boisson exploités en vertu d'un permis provincial: *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59.

Toutefois, dans *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588, le vicomte Haldane nous met en garde au sujet de la théorie du double aspect. Voici ce qu'il dit de cette théorie, à la p. 596:

[TRADUCTION] . . . [elle] est maintenant bien établie, mais doit néanmoins n'être appliquée qu'avec une grande prudence . . .

La raison de cette prudence, c'est la désignation extrêmement large des compétences législatives exclusives énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le risque d'unifier ces deux champs de compétences exclusives en un seul champ de compétences plus ou moins conjointes régies seulement par la règle de la suprématie des lois fédérales. Rien ne pourrait contredire plus directement le principe fédéral qui sous-tend la constitution canadienne. Voir à ce sujet *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, à la p. 525.

La théorie du double aspect ne constitue ni une exception ni même un tempérament au principe de l'exclusivité des compétences législatives. Elle ne doit pas avoir pour effet de créer des champs de compétences conjointes, tels l'agriculture, l'immigration et les pensions de vieillesse et prestations additionnelles, dans lesquels le Parlement et les législatures peuvent légiférer sous le même aspect. Au contraire, la théorie du double aspect ne peut être invoquée que lorsqu'elle constitue une mise en œuvre du principe même de l'exclusivité des compétences. Comme son nom l'indique, elle ne saurait s'appliquer que dans les cas clairs où la pluralité des aspects est réelle et non pas seulement nominale.

IV—Judgments of Lower Courts

After reviewing the case law and analysing the *Act*, Marquis J. of the Superior Court held that the provisions of the *Act* impugned here, and indeed the *Act* in its entirety, are intended to apply to working conditions, and that by the numerous day-to-day obligations which they impose on Bell Canada they have a significant impact on the administration or management of that federal undertaking. He accordingly concluded that the impugned provisions are constitutionally inapplicable to Bell Canada. He therefore allowed the latter's motion and authorized a writ of evocation to be issued. His judgment is summarized at No. 82-1021 of *Jurisprudence Express*.

The judgment of Marquis J. was affirmed by a majority judgment of the Court of Appeal, but on quite different grounds: [1984] C.A. 510.

The Court of Appeal and the Superior Court differed first as regards the characterization and classification of the *Act*. On this point the Court of Appeal appeared to be unanimous, the majority judges Beauregard and Tyndale J.J.A. saying they concurred in the view of the dissenting judge, Monet J.A.

Monet J.A., after summarizing the principal provisions of the *Act*, referred at p. 515 to the argument of the *C.S.S.T.* which emphasized the contrast between the provisions of the *Act* and those of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, and of the *Act respecting labour standards*, [TRANSLATION] "If the latter undeniably deal with working conditions", it was decided, "the former clearly deals with occupational health". At pages 515 and 516, Monet J.A. wrote that the *Act* cannot [TRANSLATION] "affect an essential part of the operations and management" of a federal undertaking, nor does it apply to [TRANSLATION] "working conditions in the sense that these terms are used in a negotiated collective agreement, e.g., hours of work, salaries, employment". Finally, Monet J.A. found the solution of the problem to lie in the British Columbia Court of Appeal's judgment which forms the first case in this trilogy, *Re Alltrans Express Ltd. and Workers' Compensation Board of British Columbia*, *supra*. At page

IV—Les jugements et arrêts d'instance inférieure

Après avoir révisé la jurisprudence et analysé la *Loi*, le juge Marquis de la Cour supérieure décide que les dispositions de la *Loi* attaquées en l'espèce, et même la *Loi* considérée dans son ensemble, ont pour objet les conditions de travail et que, par les obligations nombreuses et d'application quotidienne qu'elles imposent à Bell Canada, elles affectent de façon importante l'administration ou la gestion de cette entreprise fédérale. Il en conclut que les dispositions attaquées sont constitutionnellement inapplicables à Bell Canada. Il accueille donc la requête de cette dernière et il autorise la délivrance d'un bref d'évocation. Son jugement est résumé au n° 82-1021 de *Jurisprudence Express*.

Le jugement du juge Marquis a été confirmé par l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, mais pour des motifs tout à fait différents: [1984] C.A. 510.

La Cour d'appel et la Cour supérieure divergent d'abord sur la qualification et la classification de la *Loi*. Sur ce point, la Cour d'appel paraît unanime: les juges Beauregard et Tyndale, qui forment la majorité, disent se rallier à l'opinion du juge dissident, le juge Monet.

Le juge Monet, après avoir résumé les principales dispositions de la *Loi*, réfère à la p. 515 à l'argumentation de la *C.S.S.T.* qui souligne le contraste entre les dispositions de la *Loi* et celles du *Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27, et de la *Loi sur les normes du travail*. «Si celles-ci portent indéniablement sur les conditions de travail», y est-il soutenu, «celle-là porte bel et bien sur la santé au travail». Aux pages 515 et 516, le juge Monet écrit que la *Loi* ne peut «affecter une partie essentielle des opérations et de la conduite des affaires (*management*)» d'une entreprise fédérale et qu'elle ne vise pas non plus «des conditions de travail dans le sens où l'on entend ces termes dans une convention collective négociée, v.g. heures de travail, salaire, emploi». Enfin, le juge Monet trouve la solution du problème dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui forme le premier volet de cette trilogie, *Re Alltrans Express Ltd. and Workers' Compensation Board of British Columbia*, précité. À la page 516

516 of the Court of Appeal reports, Monet J.A. wrote:

[TRANSLATION] The two questions submitted to the [British Columbia] Court of Appeal are related to that raised in this case. They were set forth as follows by Lambert J.A.:

The first is whether the legislative power of the Legislature of British Columbia enables it to make laws in relation to health and safety in the workplace that could extend in their general application to federal undertakings. If the answer is "No" that ends the matter. The appeal would be dismissed.

The second issue arises if the answer to the first issue is "Yes". It is whether, if the provincial laws in relation to health and safety in the workplace largely duplicate and, to some extent, supplement, but do not contradict, federal laws in relation to health and safety in the workplace for federal undertakings, the constitutionally valid provincial laws would cease to be operative for federal undertakings in the province.

[TRANSLATION] To the first question, the Court of Appeal replied in the affirmative. We will return to the second question later. At this point, however, I would like to quote the Court's decision:

The first issue can be stated in another way. The matter that we are considering is health and safety in the workplace of a federal undertaking. Is that a double aspect matter or a single aspect matter? I think it is a double aspect matter and both the federal regulations and the provincial regulations are constitutionally valid and applicable to a federal undertaking.

[TRANSLATION] With respect, I, myself, would adopt the reasons of the Court of Appeal in this case; since the case has been reported, it seems superfluous to me to paraphrase the reasons here and I will simply quote the conclusion:

It follows that the Industrial Health and Safety Regulations made under the *Workers Compensation Act* could extend in their general application to federal undertakings. The answer to the first issue is "Yes".

Monet J.A. concluded that the provisions impugned in the case at bar also applied to Bell Canada. Beauregard J.A., with the concurrence of Tyndale J.A., wrote at p. 519:

des recueils de la Cour d'appel, le juge Monet écrit:

Les deux questions soumises à la Cour d'Appel [de la Colombie-Britannique] s'apparentent à celle soulevée dans la présente affaire. Elles sont formulées ainsi par monsieur le juge Lambert:

[TRADUCTION] La première est de savoir si le pouvoir législatif que détient le législateur de la Colombie-Britannique l'habilite à faire des lois relatives à la santé et à la sécurité du travail qui pourraient dans leur application générale viser les entreprises fédérales. Si la réponse est «non», cela tranche la question. L'appel sera alors rejeté.

La seconde question, qui se pose si la première reçoit une réponse affirmative, est celle de savoir si, dans l'hypothèse où les lois provinciales concernant la santé et la sécurité du travail feraient dans une grande mesure double emploi avec les lois fédérales régissant la santé et la sécurité du travail dans le cas d'entreprises fédérales, et les compléteraient jusqu'à un certain point, sans toutefois les contredire, ces lois provinciales pourtant valides seraient inapplicables aux entreprises fédérales dans la province.

À la première question, la Cour d'Appel a répondu par l'affirmative. Quant à la seconde, il faudra y revenir plus loin. Il convient, toutefois, de noter dès à présent que le juge rédacteur précise ceci:

[TRADUCTION] On peut formuler la première question d'une autre manière. Ce sur quoi porte notre examen est la santé et la sécurité du travail lorsqu'il s'agit d'une entreprise fédérale. Or, cette question présente-t-elle un double aspect ou un seul? J'estime qu'elle a un double aspect et que les règlements fédéraux et les règlements provinciaux sont les uns et les autres constitutionnels et applicables à une entreprise fédérale.

Pour ma part, avec tous les égards possibles, j'adopte les motifs de la Cour d'Appel en cette affaire; comme l'arrêt est publié, il me paraît superflu de les paraphraser ici et je me bornerai à citer la conclusion:

[TRADUCTION] Il s'ensuit que les Industrial Health and Safety Regulations adoptés en vertu de la *Workers Compensation Act* pourraient dans leur application générale viser les entreprises fédérales. La réponse à la première question est affirmative.

Et le juge Monet de conclure que les dispositions attaquées en l'espèce s'appliquent également à Bell Canada. Le juge Beauregard, avec le concours du juge Tyndale, écrit à la p. 519:

[TRANSLATION] I share the opinion of Monet J.A. that the object of the dispute is related to both health and labour relations.

Since the reasons of the British Columbia Court of Appeal in *Alltrans* were adopted by the Quebec Court of Appeal in the case at bar, they must now be considered.

It should first be noted that the British Columbia Court of Appeal reversed the decision of Bouck J. of the British Columbia Supreme Court, who held that the orders contained in the inspection report made pursuant to the *Regulations* and the *Workers Compensation Act* could not be set up against Alltrans Express Ltd. on alternative grounds that, on the one hand, the *Board* did not have the necessary jurisdiction to regulate the working conditions in a federal undertaking, and on the other hand, the field was occupied by federal regulations adopted pursuant to the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, and similar to the provincial regulations: *Re Alltrans Express Ltd. and Workers' Compensation Board of British Columbia* (1980), 116 D.L.R. (3d) 79. The British Columbia Court of Appeal, quite properly relying on the judgment of this Court in *Multiple Access Ltd.* which was rendered after the judgment of Bouck J., rejected any possibility of a real conflict between the federal and provincial regulations, which alone could make the provincial regulations inoperative.

On the other point, namely the characterization and classification of the impugned provincial regulations, the British Columbia Court of Appeal relied on the double aspect theory in finding the provincial regulations applicable to Alltrans Express Ltd. Lambert J.A. wrote the unanimous reasons of the Court of Appeal. He said in part at pp. 388-90, including a passage cited by Monet J.A. of the Quebec Court of Appeal:

The first issue can be stated in another way. The matter that we are considering is health and safety in the work place of a federal undertaking. Is that a double aspect matter or a single aspect matter? I think it is a double aspect matter and both the federal regulations and the provincial regulations are constitutionally valid and applicable to a federal undertaking.

Je partage l'opinion de monsieur le juge Monet que l'objet du litige concerne à la fois la santé et les relations de travail.

Il devient donc nécessaire de référer dès maintenant aux motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Alltrans*, puisque la Cour d'appel du Québec les adopte en l'espèce.

Précisons auparavant que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique y renverse la décision du juge Bouck de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, lequel décide que les ordonnances contenues au rapport d'inspection fait en vertu des *Regulations* et du *Workers Compensation Act* sont inopposables à Alltrans Express Ltd. aux motifs alternatifs que, d'une part, le *Board* n'a pas la compétence requise pour réglementer les conditions de travail d'une entreprise fédérale et que, d'autre part, le champ est occupé par une réglementation fédérale adoptée en vertu du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, et semblable à la réglementation provinciale: *Re Alltrans Express Ltd. and Workers' Compensation Board of British Columbia* (1980), 116 D.L.R. (3d) 79. S'appuyant à juste titre sur l'arrêt de cette Cour dans *Multiple Access Ltd.*, rendu après le jugement du juge Bouck, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique écarte toute possibilité de véritable conflit entre la réglementation fédérale et la réglementation provinciale, seul capable de rendre la réglementation provinciale inopérante.

Sur l'autre point, savoir la qualification et la classification de la réglementation provinciale attaquée, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique se fonde sur la théorie du double aspect pour trouver la réglementation provinciale applicable à Alltrans Express Ltd. C'est le juge Lambert qui rédige les motifs unanimes de la Cour d'appel. Voici en partie comment il s'exprime aux pp. 388 à 390, y compris un passage cité par le juge Monet de la Cour d'appel du Québec:

[TRADUCTION] On peut formuler la première question d'une autre manière. Ce sur quoi porte notre examen est la santé et la sécurité du travail lorsqu'il s'agit d'une entreprise fédérale. Or, cette question présente-t-elle un double aspect ou un seul? J'estime qu'elle a un double aspect et que les règlements fédéraux et les règlements provinciaux sont les uns et les autres constitutionnels et applicables à une entreprise fédérale.

Lambert J.A. then referred to the application of the double aspect theory in *Multiple Access Ltd.*, *supra*, and he wrote:

The provincial aspect of the matter lies in the concern of the province, generally, for public health and for medical and hospital care, and, more particularly, for the scheme of worker safety, treatment and compensation embodied in the *Workers Compensation Act*. It relates to workers, generally, as workers in the work place. Workers in federal undertakings will use provincial facilities if they are injured or suffer from industrial disease.

Lambert J.A. then cited a passage from the report of Tysoe J. which I cited at the start of these reasons, indicating that the primary purpose of the British Columbia *Workers Compensation Act* is not to furnish financial benefits but to keep work-connected injuries to a minimum and only secondarily to provide financial compensation to injured workers.

Lambert J.A. observed:

That statement underscores the provincial aspect of the matter.

Lambert J.A. referred to the cases recognizing that workmen's compensation schemes apply to federal undertakings, such as *Workmen's Compensation Board*, and went on:

Counsel for Alltrans and for the Attorney-General of Canada concede that the provisions of the *Workers Compensation Act* relating to the payment of assessments, the compensation of injured workmen, and the elimination of rights of action against employers and other workmen apply to federal undertakings and the employees in those undertakings. But they want to cut away what Mr. Justice Tysoe calls the first object of the Act, namely, worker safety. I do not think that the Act should be severed in that way for federal undertakings. To do so would raise difficult questions of law and fact about risk categories and the levy on employers.

I turn now to the federal aspect. This relates not to workers, generally, as workers in the work place, but to workers in specific relationship to their employers, and

Le juge Lambert réfère ensuite à l'application de la théorie du double aspect dans *Multiple Access Ltd.*, précité, et il écrit:

[TRADUCTION] La question présente un aspect provincial en ce sens que c'est la province qui, d'une manière générale, veille à la santé publique, aux soins médicaux et hospitaliers et, plus particulièrement, à l'application du régime établi par la *Workers Compensation Act*, visant à assurer la sécurité des ouvriers, leur traitement et leur indemnisation. Cet aspect touche les ouvriers, pris généralement, en tant qu'ouvriers. Les ouvriers travaillant dans des entreprises fédérales auront recours à des services provinciaux s'ils subissent une blessure ou sont atteints d'une maladie professionnelle.

Puis le juge Lambert cite un extrait du rapport du juge Tysoe que j'ai cité au début de ces raisons et selon lequel l'objet premier du *Workers Compensation Act* de la Colombie-Britannique n'est pas de fournir des compensations financières mais de réduire au minimum les blessures causées par les accidents du travail, et en deuxième lieu seulement d'indemniser financièrement les travailleurs blessés.

Et le juge Lambert d'observer:

[TRADUCTION] Cette déclaration souligne l'aspect provincial de cette question.

Le juge Lambert réfère aux arrêts qui reconnaissent l'applicabilité des régimes compensateurs d'accidents du travail aux entreprises fédérales, tel l'arrêt *Workmen's Compensation Board*, et il continue:

[TRADUCTION] L'avocat d'Alltrans et celui du procureur général du Canada reconnaissent que les dispositions de la *Workers Compensation Act* concernant le paiement de cotisations, l'indemnisation d'ouvriers blessés et la suppression des droits d'action contre les employeurs et d'autres ouvriers s'appliquent aux entreprises fédérales ainsi qu'aux employés de celles-ci. Mais ils cherchent à faire abstraction de ce que le juge Tysoe appelle l'objet premier de la Loi, savoir celui d'assurer la sécurité des ouvriers. Pour ma part, je crois que la Loi ne doit pas être scindée de cette manière dans le cas des entreprises fédérales, car cela soulèverait des questions difficiles de droit et de fait relativement aux catégories de risque et à la cotisation des employeurs.

Je passe maintenant à l'aspect fédéral. Celui-ci se rapporte non pas aux ouvriers, pris généralement, en tant qu'ouvriers, mais aux ouvriers ayant des rapports

to the operation and management of their employers' businesses. In that aspect, health and safety in the work place may be or may become a working condition in the employer-employee relationship. As such, the *Canada Labour Code* would apply to that condition in that relationship. Among the relevant cases are the *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act, etc.*, [1955] 3 D.L.R. 721, (1955) S.C.R. 529 and *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co. of Canada, supra*.

In balancing the federal aspect and the provincial aspect in the way contemplated by Mr. Justice Dickson in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, I have concluded that the two aspects in this case are of roughly equal importance and that the *Constitution Act, 1867* contemplates that both should live.

From this Lambert J.A. concluded that the general provisions of the *Regulations* adopted pursuant to the *Workers Compensation Act* applied to federal undertakings. Lambert J.A. made only one qualification to this conclusion: he indicated that it would perhaps not be possible to go so far as the shutting-down of a federal undertaking as a means of enforcing provincial regulations, but he expressed the view that the imposition of a fine or a higher penalty assessment would not have the effect of seriously impairing the operations of federal undertakings.

On the other question, the conflict between federal and provincial regulations, Lambert J.A. held that the relationship between the regulations was one of similarity rather than conflict, and applying *Multiple Access Ltd.* he held that both sets of regulations should be applied.

It is on this other question that the Quebec Court of Appeal was divided, as regards federal and provincial regulations, though not the ones at issue in *Alltrans*. Monet J.A., dissenting, recognized the differences that exist between the dispute resolution procedures contemplated by the federal and by the provincial statutes, but in his view the conflict must go beyond procedure if the provincial regulations are to be inoperative. Beauregard J.A., concurred in by Tyndale J.A., found the conflict irreconcilable, at p. 519:

précis avec leurs employeurs ainsi qu'à l'exploitation et à la gestion des entreprises de ces derniers. Sous cet aspect, la santé et la sécurité du travail peut être ou devenir une condition de travail faisant partie des relations entre un employeur et ses employés et, à ce moment-là, le *Code canadien du travail* s'y appliquerait. Parmi les arrêts pertinents figurent *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] 3 D.L.R. 721, [1955] R.C.S. 529, et *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, précité.

Ayant comparé l'aspect fédéral et l'aspect provincial de la manière envisagée par le juge Dickson dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, je conclus qu'en l'espèce les deux aspects sont d'importance à peu près égale et que, suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*, ils doivent être conservés tous les deux.

Le juge Lambert en conclut que les *Regulations* adoptées en vertu du *Workers Compensation Act* s'appliquent, dans leurs dispositions générales, aux entreprises fédérales. Le juge Lambert apporte une seule réserve à cette conclusion; il laisse entendre que l'on ne saurait peut-être aller jusqu'à la fermeture de l'entreprise fédérale comme moyen de sanction de la réglementation provinciale, mais il exprime l'avis que l'imposition d'une amende ou d'une cotisation punitive plus élevée n'aurait pas pour effet d'entraver sérieusement les opérations des entreprises fédérales.

Sur l'autre question, celle du conflit entre la réglementation fédérale et la réglementation provinciale, le juge Lambert décide qu'il y a similitude de réglementation plutôt que conflit et, appliquant *Multiple Access Ltd.*, il juge qu'il faut appliquer les deux réglementations.

C'est sur cette autre question que la Cour d'appel du Québec se divise à propos de réglementations fédérale et provinciale cependant autres que celles qui sont en litige dans *Alltrans*. Le juge Monet, dissident, reconnaît les différences qui distinguent les procédures de règlement de litige prévues par la loi fédérale et la loi provinciale mais, selon lui, le conflit doit aller au-delà de la procédure pour rendre la réglementation provinciale inopérante. Le juge Beauregard, pour sa part, avec l'accord du juge Tyndale, trouve le conflit insoluble, à la p. 519:

[TRANSLATION] The provisions of ss. 33 to 45 of the provincial legislation provide a specific mechanism for the regulation of the dispute. But section 82 of the federal Act provides another mechanism and an arbitration board different from that provided for by the provincial legislation.

If the employee had the right to have the dispute regulated by the mechanism provided for in the provincial legislation and before the arbitration board therein provided for, the employer would himself have the right to have the dispute settled according to the provisions of the federal Act and to have the case determined by an arbitration board as provided by that Act.

Thus, there is an impasse and the only way to escape it is to say that in the case of Bell Canada whose labour relations are regulated by the *Canada Labour Code*, the provisions of ss. 33, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 44 and 45 of the *Act respecting occupational health and safety* do not apply.

I would reject the appeal, with costs.

The judgments of the lower courts in *Canadian National* deal primarily with the powers conferred by the *Act* on a C.S.S.T. inspector to conduct an investigation and issue remedial orders. They will be dealt with in greater detail in the reasons in that case. However, they also affect the characterization and classification of the *Act*. Brassard J. of the Superior Court authorized a writ of evocation to be issued for reasons summarized by the head-note writer in part as follows, at [1982] C.S. 99:

[TRANSLATION] Although the province has jurisdiction over health and safety in the workplace (B.N.A. Act, 92(13)) and the investigation may affect the safety of workers in the province, it must necessarily have determining effects on the operation of applicant's federal undertaking: safety in the workplace, working conditions and methods of operation are a vital part of the operation of a railway. No distinction can be made between the investigation and the recommendations and orders that follow.

Brassard J. further concluded that the *Act* and Part IV of the *Canada Labour Code*, dealing with "Safety of Employees", are inconsistent as regards remedial orders.

Les dispositions des articles 33 à 45 de la loi provinciale qui s'appliqueraient prévoient un mécanisme particulier pour le règlement du litige. Mais l'article 82 de la loi fédérale prévoit un autre mécanisme et un tribunal d'arbitrage différent de celui prévu par la loi provinciale.

Si l'employée avait le droit de faire régler le litige par le mécanisme prévu dans la loi provinciale et devant le tribunal d'arbitrage dont parle cette loi, l'employeur aurait lui-même le droit de faire régler le différend d'après les dispositions de la loi fédérale et de faire statuer sur le cas par un tribunal d'arbitrage prévu par cette loi.

Il y a donc une impasse et la seule façon de sortir de cette impasse est de constater qu'à l'endroit de Bell Canada dont les relations de travail sont régies par le *Code canadien du travail*, les dispositions des articles 33, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 44 et 45 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* n'ont pas d'application.

Je rejetterais le pourvoi, avec dépens.

Quant au jugement et à l'arrêt d'instance inférieure dans *Chemins de fer nationaux*, ils portent principalement sur les pouvoirs conférés par la *Loi* à un inspecteur de la C.S.S.T. de tenir une enquête et d'émettre des avis de correction. Il en sera question plus en détail dans les motifs particuliers à cette affaire. Cependant, ils touchent également à la qualification et la classification de la *Loi*. Le juge Brassard de la Cour supérieure autorise la délivrance du bref d'évocation pour des motifs que l'arrêtiste résume en partie comme suit, à [1982] C.S. 99:

Bien que la province soit compétente en matière de santé et de sécurité au travail, (92 paragr. 13 de l'A.A.N.B.) et que l'enquête puisse avoir un intérêt pour la sécurité des travailleurs de la province, elle ne pourra pas éviter d'avoir des effets déterminants sur le fonctionnement de l'entreprise fédérale qu'est la requérante; en effet, la sécurité au travail, les conditions de travail et les méthodes d'exploitation sont une partie vitale de l'exploitation du chemin de fer. On ne peut distinguer entre l'enquête et les recommandations et ordonnances qui suivront.

Le juge Brassard conclut en outre que la *Loi* et la partie IV du *Code canadien du travail*, qui porte sur la «sécurité du personnel», sont incompatibles pour ce qui est des avis de correction.

The Superior Court judgment in *Canadian National* was reversed in part by a majority judgment of the Court of Appeal: [1983] C.A. 31. The majority reasons, written by Bisson J.A., did not discuss the characterization and classification of the *Act* at any length. At page 39, however, he observed that [TRANSLATION] “the fields of labour, of the person and protection for the person, are primarily within provincial legislative jurisdiction”. On the same page, Bisson J.A. did not refer expressly to the double aspect theory but noted that in the federal system “overlapping jurisdictions” sometimes occur. The headnote writer summarized the remainder of Bisson J.A.’s reasons on classification at p. 31:

[TRANSLATION] The absolutist argument that certain undertakings under Parliament’s jurisdiction form part of an exclusive federal preserve must be rejected in favour of a less comprehensive theory.

Bisson J.A. concluded at p. 41 that there is no basis for saying that the *Act* is entirely inapplicable to Canadian National. He accordingly allowed the appeal but quashed a *duces tecum* issued by the investigator, which in his opinion would have authorized an unwarranted investigation into the operations and internal workings of undertaking, respondent in the Court of Appeal. Dubé J.A., dissenting, would have dismissed the appeal on the ground that the investigation was an inadmissible interference in the management and operations of a federal “company”.

V—Constitutional Questions

The constitutional questions served upon the Attorney General of Canada and the Attorneys General of all provinces in the case at bar are as follows:

Whether ss. 33, 36, 37 and 40 to 45 of an *Act respecting occupational health and safety* (R.S.Q., c. S-2.1) are constitutionally applicable to Bell Canada?

If so, whether these sections are inoperative in respect of Bell Canada as being incompatible or conflicting with federal legislation in the same area applicable to Bell Canada?

Le jugement de la Cour supérieure dans *Chemins de fer nationaux* a été infirmé en partie par un arrêt majoritaire de la Cour d’appel: [1983] C.A. 31. Les motifs de la majorité, rédigés par le juge Bisson, ne s’attardent guère à la qualification et à la classification de la *Loi*. Mais, à la p. 39, on y observe que «le domaine du travail, celui de la personne et de sa protection sont d’abord de compétence législative provinciale.» À la même page, le juge Bisson ne réfère pas explicitement à la théorie du double aspect mais constate qu’en régime fédéral il y a parfois «chevauchement des compétences». L’arrêtiste résume comme suit le reste des motifs du juge Bisson sur la classification, à la p. 31:

La thèse absolue voulant que certaines entreprises relevant du Parlement constituent une chasse gardée fédérale est à rejeter au profit d’une thèse moins globalisante.

Le juge Bisson conclut à la p. 41 que rien ne permet de déclarer que la *Loi* est entièrement inapplicable aux Chemins de fer nationaux du Canada. Il accueille donc le pourvoi mais il annule un *duces tecum* émis par l’enquêteur et qui, selon lui, aurait permis d’enquêter indûment sur le fonctionnement et la régie interne de l’entreprise intimée en Cour d’appel. Le juge Dubé, dissident, aurait rejeté le pourvoi au motif que l’enquête constitue une ingérence inacceptable dans l’administration et le fonctionnement d’une «compagnie» fédérale.

V—Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles signifiées en l’espèce au procureur général du Canada et aux procureurs généraux de toutes les provinces sont les suivantes:

Les articles 33, 36, 37 et 40 à 45 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (L.R.Q., chap. S-2.1) sont-ils, au plan constitutionnel, applicables à Bell Canada?

Si oui, ces articles sont-ils inopérants à l’égard de Bell Canada parce qu’ils seraient incompatibles ou viendraient en conflit avec une législation fédérale dans le même domaine applicable à Bell Canada?

VI—Arguments Made by Appellants and Attorney General of Quebec

With some minor differences, these arguments are similar. They relate primarily to the characterization of the *Act*, and accordingly to its classification and application to a federal undertaking.

In appellants' submission, the pith and substance of the *Act* is not labour relations or working conditions. Its focus is not, like that of the *Labour Code* and the *Act respecting labour standards*, the establishment of a scheme of labour relations, the protection of industrial peace and the promotion of collective agreements, certification, the settlement of grievances, the setting of a minimum wage, holidays and leave. If I have correctly understood their position, appellants and the Attorney General do not even contend that the *Act* has both health and labour relations aspects, as the Quebec Court of Appeal held. In the submission of the appellants and the Attorney General of Quebec, the only true subject-matter of the *Act* is the health and safety of persons in the province, and in particular of workers who need special protection where they are most at risk, in the workplace. They further argue that workers have a right to health and safety like anyone else and that these rights are fundamental rights protected by the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Furthermore, in the submission of appellants and the Quebec Attorney General, the *Act*, operating *ante facto* by means of prevention and inspection, is the complement of the *Workmen's Compensation Act*, which by means of compensation acts after an industrial accident or an occupational injury has occurred, but is also concerned with workers' health and safety.

Appellants and the Attorney General of Quebec also contend, and this is a question which pertains more particularly to the classification of the *Act*, that the *Act* does not essentially affect nor impair the operations and functioning of Bell Canada.

VI—Moyens invoqués par les appelantes et le procureur général du Québec

À quelques nuances près, ces moyens se ressemblent. Ils ont principalement trait à la qualification de la *Loi* et, par voie de conséquence, à sa classification et à son application à une entreprise fédérale.

Selon les appelantes, la *Loi* n'a pas pour objet véritable les relations ou les conditions de travail. Elle ne vise pas comme le *Code du travail* et la *Loi sur les normes du travail* à établir un régime de relations de travail, à protéger la paix industrielle, à favoriser la conclusion de conventions collectives, l'accréditation, le règlement des griefs, à déterminer le salaire minimum, les vacances et les congés. Les appelantes et le Procureur général ne considèrent même pas, si je comprends bien leur position, que la *Loi* comporte à la fois des aspects de santé et des aspects de relations de travail, comme le décide la Cour d'appel du Québec. Selon les appelantes et le procureur général du Québec, l'objet véritable et le seul objet de la *Loi* est la santé et la sécurité des personnes dans la province, et particulièrement celles des travailleurs qui ont besoin d'une protection spéciale dans le milieu où ils sont le plus exposés, le milieu de travail. Ils plaident en outre que les travailleurs ont, comme tout le monde, le droit à la santé et à la sécurité et que ces droits sont des droits fondamentaux protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12. De plus, selon les appelantes et le procureur général du Québec, la *Loi*, agissant *ante facto* par le moyen de la prévention et celui de l'inspection, est le complément de la *Loi sur les accidents du travail* qui, par le moyen de l'indemnisation, agit après la survenance d'un accident du travail ou d'une lésion professionnelle, mais qui aurait également pour objet la santé et la sécurité des travailleurs.

Les appelantes et le procureur général du Québec soutiennent au surplus, et c'est une question qui fait plutôt partie de la classification de la *Loi*, que la *Loi* n'affecte pas de façon essentielle ou n'entrave pas les opérations et le fonctionnement de Bell Canada.

Appellants and the Attorney General of Quebec accordingly conclude, as regards classification of the *Act*, that the *Act* is applicable to Bell Canada as a federal undertaking without thereby becoming a statute relating to this federal undertaking.

Appellants and the Attorney General of Quebec contend, finally, that the *Act* is not inconsistent with any federal legislation.

Before proceeding to examine these arguments in detail, it should be noted that in the three cases in this trilogy all the parties asked the Court not to call into question the application of provincial workmen's compensation schemes to federal undertakings.

Further, in each of the three cases, members of the Court asked counsel whether their arguments implied a challenge to cases such as the *Postal Service Case 1948*, the *Stevedoring Case* and *Bell Canada 1966*. The answer was in the negative on the ground that from the standpoint of characterization, this trilogy should be distinguished from those cases. In my view, as we shall see below, the Court is being asked to make an impossible distinction and it must either follow those three cases or reverse them. I think there is good reason to follow them.

VII—Characterization of the *Act respecting occupational health and safety*

1. *Content of the Act*

Summarizing this highly complex statute, which contains over three hundred sections, is not an easy task and often requires citing at length its most important or characteristic provisions.

The *Act*, which was adopted in 1979 following the publication of a White Paper entitled *Santé et sécurité au travail* (Health and Security in the Workplace) by the Government of Quebec in 1978, has come into effect in stages: some of its provisions were still not in effect at the time of the events which gave rise to the case at bar and those which gave rise to *Canadian National*. However, these provisions are all in effect now except ss. 204 to 215, which apply only to construction sites; in

Les appelantes et le procureur général du Québec en concluent donc, au plan de la classification de la *Loi*, que la *Loi* est applicable à cette entreprise fédérale qu'est Bell Canada, sans devenir pour autant une loi relative à cette entreprise fédérale.

Les appelantes et le procureur général du Québec soutiennent enfin que la *Loi* n'est incompatible avec aucune législation fédérale.

Avant de passer à l'étude de ces moyens, il importe de noter que, dans les trois causes de cette trilogie, toutes les parties nous ont demandé de ne pas remettre en question l'application aux entreprises fédérales des régimes provinciaux d'indemnisation en matière d'accidents du travail.

Au surplus, dans chacune des trois causes, des membres de la Cour ont demandé aux procureurs s'ils plaidaient la remise en question d'arrêts comme l'*Affaire du service postal 1948*, l'*Affaire des débardeurs* et *Bell Canada 1966*. La réponse a été négative au motif qu'au plan de la qualification, il y a lieu de distinguer entre cette trilogie et ces arrêts. À mon avis, et comme nous le verrons plus loin, on nous demande de faire une distinction impossible et il faut soit se conformer à ces trois arrêts, soit les renverser. Or je pense qu'il y a lieu de s'y conformer.

VII—Qualification de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*

1. *Contenu de la Loi*

Résumer cette loi fort élaborée, qui compte plus de trois cents articles, n'est pas une tâche aisée et il faut souvent se résoudre à citer au texte les dispositions les plus importantes ou les plus caractéristiques.

Adoptée en 1979 à la suite de la publication d'un Livre blanc intitulé *Santé et sécurité au travail*, publié en 1978 par le Gouvernement du Québec, la *Loi* est entrée en vigueur par étapes; certaines de ses dispositions n'étaient pas encore en vigueur lorsque se sont produits les événements qui ont donné lieu au litige en l'espèce ainsi que dans *Chemins de fer nationaux*. Mais ces dispositions sont toutes en vigueur aujourd'hui sauf les art. 204 à 215 qui ne s'appliquent qu'aux chantiers de

both cases in the trilogy in which the *Act* is impugned, all the parties referred in their factums to the totality of the provisions in analysing and characterizing the *Act*, without distinguishing between those in effect and those not yet in effect but which would shortly come into effect. In my opinion the parties were right to proceed in this way, and I will follow their example, as otherwise it would be impossible to arrive at a characterization of the whole *Act* that would be accurate.

The *Act* contains seventeen chapters.

Chapter I contains only one section, the definition section, from which the following must be cited:

“certified association” means a certified association within the meaning of the Labour Code (R.S.Q., c. C-27);

“employers’ association” means a group organization of employers, an association of group organizations of employers or an association that includes employers and group organizations of employers, having as its objects the study, safeguarding and development of the economic interests of its members and particularly assistance in the negotiation and application of collective agreements;

“union association” means a group of workers constituted as a professional syndicate, union, brotherhood or otherwise or a group of such syndicates, unions, brotherhoods or other groups of workers otherwise constituted, having as its objects the study, safeguarding and development of the economic, social and educational interests of its members and particularly the negotiation and application of collective agreements;

“labour commissioner” means a labour commissioner within the meaning of the Labour Code;

“labour commissioner-general” means the labour commissioner-general within the meaning of the Labour Code;

“contaminant” means a solid, liquid or gaseous matter, a microorganism, a sound, a vibration, a radiation, heat or an odor, or any combination of these likely to alter in any way the health or safety of workers;

construction; dans les deux causes de la trilogie où la *Loi* est attaquée, toutes les parties se réfèrent dans leurs mémoires à l’ensemble des dispositions pour analyser et qualifier la *Loi*, sans distinguer entre les dispositions en vigueur et celles qui ne l’étaient pas encore mais qui allaient incessamment le devenir. Les parties ont eu raison de procéder de cette manière, à mon avis, et je vais suivre leur exemple, car il est impossible autrement de procéder à une qualification d’ensemble qui soit exacte.

La *Loi* comporte dix-sept chapitres.

Le chapitre I ne compte qu’un article, celui des définitions, parmi lesquelles il faut citer les suivantes:

«association accréditée»: une association accréditée au sens du Code du travail (L.R.Q., c. C-27);

«association d’employeurs»: un groupement d’employeurs, une association de groupements d’employeurs ou une association regroupant des employeurs et des groupements d’employeurs, ayant pour buts l’étude, la sauvegarde et le développement des intérêts économiques de ses membres et particulièrement l’assistance dans la négociation et l’application de conventions collectives;

«association syndicale»: un groupement de travailleurs constitué en syndicat professionnel, union, fraternité ou autrement ou un groupement de tels syndicats, unions, fraternités ou autres groupements de travailleurs constitués autrement, ayant pour buts l’étude, la sauvegarde et le développement des intérêts économiques, sociaux et éducatifs de ses membres et particulièrement la négociation et l’application de conventions collectives;

«commissaire du travail»: un commissaire du travail au sens du Code du travail;

«commissaire général du travail»: le commissaire général du travail au sens du Code du travail;

«contaminant»: une matière solide, liquide ou gazeuse, un micro-organisme, un son, une vibration, un rayonnement, une chaleur, une odeur, une radiation ou toute combinaison de l’un ou l’autre susceptible d’altérer de quelque manière la santé ou la sécurité des travailleurs;

“agreement” means an individual work contract or a collective agreement within the meaning of paragraph *d* of section 1 of the Labour Code and paragraph *g* of section 1 of the Act respecting labour relations in the construction industry (R.S.Q., c. R-20) or another agreement relating to working conditions, including a government regulation giving effect thereto;

“employer” means a person who, under a contract of lease of personal service or a contract of apprenticeship, even without remuneration, retains the services of a worker; an educational institution is deemed to be the employer of a student in cases where, under a regulation, the student is deemed to be a worker or a construction worker;

“establishment” means all the installations and equipment grouped on one site and organized under the authority of one person or of related persons in view of producing or distributing goods or services, except a construction site; this word includes, in particular, a school, a construction firm and the lodging, eating or recreational facilities put at the disposal of workers by the employer, excepting, however, private lodging facilities;

“inspector” or “regional chief inspector” means a person appointed under section 177;

“workplace” means any place in or at which a person is required to be present out of or in the course of work, including an establishment and a construction site;

“dangerous substance” means any substance which, by reason of its characteristics, constitutes a danger to the health, safety or physical well-being of a worker;

“worker” means a person, including a student in the cases determined by regulation, who, under a contract of lease of personal service or a contract of apprenticeship, even without remuneration, carries out work for an employer, except

(1) a person employed as manager, superintendent, foreman or as the agent of the employer in his relations with his workers;

(2) a director or officer of a corporation, except where a person acts as such in relation to his employer after being designated by the workers or by a certified association;

“Court” means the Labour Court established pursuant to the Labour Code.

«convention»: un contrat individuel de travail, une convention collective au sens du paragraphe *d* de l'article 1 du Code du travail et du paragraphe *g* de l'article 1 de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction (L.R.Q., c. R-20) ou une autre entente relative à des conditions de travail, y compris un règlement du gouvernement qui y donne effet;

«employeur»: une personne qui, en vertu d'un contrat de louage de services personnels ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, utilise les services d'un travailleur; une institution d'enseignement est réputée être l'employeur d'un étudiant, dans les cas où, en vertu d'un règlement, l'étudiant est réputé être un travailleur ou un travailleur de la construction;

«établissement»: l'ensemble des installations et de l'équipement groupés sur un même site et organisés sous l'autorité d'une même personne ou de personnes liées, en vue de la production ou de la distribution de biens ou de services, à l'exception d'un chantier de construction; ce mot comprend notamment une école, une entreprise de construction ainsi que les locaux mis par l'employeur à la disposition du travailleur à des fins d'hébergement, d'alimentation ou de loisirs, à l'exception cependant des locaux privés à usage d'habitation;

«inspecteur» et «inspecteur chef régional»: une personne nommée en vertu de l'article 177;

«lieu de travail»: un endroit où, par le fait ou à l'occasion de son travail, une personne doit être présente, y compris un établissement et un chantier de construction;

«matière dangereuse»: une matière qui, en raison de ses propriétés, constitue un danger pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique d'un travailleur;

«travailleur»: une personne qui exécute, en vertu d'un contrat de louage de services personnels ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, un travail pour un employeur, y compris un étudiant dans les cas déterminés par règlement, à l'exception:

1° d'une personne qui est employée à titre de gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec les travailleurs;

2° d'un administrateur ou officier d'une corporation, sauf si une personne agit à ce titre à l'égard de son employeur après avoir été désignée par les travailleurs ou une association accréditée;

«tribunal»: le Tribunal du travail créé en vertu du Code du travail.

Chapter II is entitled "Scope". It will be necessary to cite s. 2, which describes the object of the *Act* and indicates one of its guiding principles:

2. The object of this act is the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers.

This act provides mechanisms for the participation of workers, workers' associations, employers and employers' associations in the realization of its object.

Section 3, in this chapter, completes the description of the object of the *Act*:

3. The fact that collective or individual means of protection or safety equipment are put at the disposal of workers where necessary to meet their special needs must in no way reduce the effort expended to eliminate, at the source, dangers to the health, safety and physical well-being of workers.

In the same chapter, s. 4 provides that the *Act* is of public order and any derogating provision of any agreement or decree is null. It states that an agreement or decree may however include more favourable provisions for the health, safety and physical well-being of the worker.

Chapter III is of central importance. It is entitled "Rights and Obligations" and divided into three divisions, the first entitled "The Worker", the second "The Employer" and the third "The Supplier".

The first division is divided into five parts, the first dealing with the worker's general rights, the second with the right of refusal, the third with protective re-assignment, the fourth with re-assignment of a pregnant worker and the fifth with the worker's obligations.

Part 1 contains s. 9, of great importance, dealing with certain of the worker's general rights:

9. Every worker has a right to working conditions that have proper regard for his health, safety and physical well-being.

Section 10 also describes the worker's general rights:

Le chapitre II s'intitule «Champ d'application». Il importe d'en citer l'art. 2 qui décrit l'objet de la *Loi* et en énonce l'un des principes directeurs:

2. La présente loi a pour objet l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs.

Elle établit les mécanismes de participation des travailleurs et de leurs associations, ainsi que des employeurs et de leurs associations à la réalisation de cet objet.

L'article 3, dans ce chapitre, complète la description de l'objectif de la *Loi*:

3. La mise à la disposition des travailleurs de moyens et d'équipements de protection individuels ou collectifs, lorsque cela s'avère nécessaire pour répondre à leurs besoins particuliers, ne doit diminuer en rien les efforts requis pour éliminer à la source même les dangers pour leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique.

Dans le même chapitre, l'art. 4 prescrit que la *Loi* est d'ordre public et emporte nullité d'une convention ou d'un décret qui y déroge. Il porte qu'une convention ou un décret peut toutefois prévoir des dispositions plus avantageuses pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique du travailleur.

Le chapitre III est capital. Il s'intitule «Droits et obligations» et se divise en trois sections, la première intitulée «Le travailleur», la deuxième intitulée «L'employeur» et la troisième intitulée «Le fournisseur».

La première section se divise en cinq parties qui portent, la première sur les droits généraux du travailleur, la deuxième sur le droit de refus, la troisième sur le retrait préventif, la quatrième sur le retrait préventif de la femme enceinte, et la cinquième sur les obligations du travailleur.

C'est dans la première partie que l'on trouve l'art. 9, fort important, qui porte sur certains des droits généraux du travailleur:

9. Le travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

L'article 10 décrit également les droits généraux du travailleur:

10. In accordance with this act and the regulations, the worker is entitled, in particular,

(1) to training, information and counselling services in matters of occupational health and safety, especially in relation to his work and his work environment, and to receive appropriate instruction, training and supervision;

(2) to receive the preventive and curative health services relating to the risks to which he may be exposed, and his wages for the time spent in undergoing a medical examination during employment prescribed for the application of this act and the regulations.

The right of refusal is described in s. 12:

12. A worker has a right to refuse to perform particular work if he has reasonable grounds to believe that the performance of that work would expose him to danger to his health, safety or physical well-being, or would expose another person to a similar danger.

Section 13 creates exceptions to the right of refusal, as for example if the refusal puts the life, health, safety or physical well-being of another person in immediate danger or if the conditions under which the work is to be performed are ordinary conditions in this kind of work.

Section 14 provides that, with certain exceptions, and until an executory decision is rendered ordering a worker to resume work, an employer shall not have the work performed by another worker. Section 14 further provides that a worker exercising his or her right of refusal is deemed to be at work, which means *inter alia* that he or she is entitled to wages.

A worker who refuses to perform his or her work must inform his or her supervisor immediately: s. 15. The safety representative mentioned in ss. 87 and 88 is summoned to examine the matter and the corrective measures he or she intends to apply; if there is no safety representative or if he or she is not available, he or she is replaced by a representative of the worker's certified association, or if none is available by any other worker designated by the worker who refuses to perform his or her work: s. 16.

If disagreement persists, the worker may in due course require intervention by an inspector, by the safety representative or by the employer: s. 18.

10. Le travailleur a notamment le droit conformément à la présente loi et aux règlements:

1° à des services de formation, d'information et de conseil en matière de santé et de sécurité du travail, particulièrement en relation avec son travail et son milieu de travail, et de recevoir la formation, l'entraînement et la supervision appropriés;

2° de bénéficier de services de santé préventifs et curatifs en fonction des risques auxquels il peut être exposé et de recevoir son salaire pendant qu'il se soumet à un examen de santé en cours d'emploi exigé pour l'application de la présente loi et des règlements.

Le droit de refus est décrit à l'art. 12:

12. Un travailleur a le droit de refuser d'exécuter un travail s'il a des motifs raisonnables de croire que l'exécution de ce travail l'expose à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique ou peut avoir l'effet d'exposer une autre personne à un semblable danger.

L'article 13 apporte des exceptions au droit de refus, par exemple, si le refus met en péril immédiat la vie, la santé, la sécurité ou l'intégrité physique d'une autre personne ou si les conditions d'exécution du travail sont normales dans le genre de travail exercé.

L'article 14 prescrit que sous réserve de certaines exceptions, et jusqu'à ce qu'une décision exécutoire soit rendue ordonnant au travailleur de reprendre le travail, l'employeur ne peut faire exécuter le travail par un autre. L'article 14 prescrit également que le travailleur qui exerce son droit de refus est réputé être au travail, ce qui signifie entre autres qu'il a droit à son salaire.

Le travailleur qui refuse d'exécuter son travail doit en aviser aussitôt son supérieur immédiat: art. 15. Le représentant à la prévention, dont il est question aux art. 87 et 88, est convoqué pour procéder à l'examen de la situation et des corrections qu'il entend apporter; s'il n'y a pas de représentant à la prévention ou s'il n'est pas disponible, il est remplacé par un représentant de l'association accréditée dont le travailleur est membre ou, à défaut, par un autre travailleur désigné par celui qui refuse d'exécuter son travail: art. 16.

Éventuellement, en cas de désaccord, l'intervention de l'inspecteur peut être requise par le travailleur qui persiste dans son refus, par le représentant à la prévention ou par l'employeur: art. 18.

The inspector's decision must be substantiated and recorded in writing: s. 19.

The inspector's decision is executory until revised by the regional chief inspector, at the request of the worker, the safety representative or the employer within the specified time limit; the regional chief inspector's decision is executory until revised by the Commission, at the request of the worker, the safety representative or the employer; a final decision applies as long as the circumstances remain unchanged: ss. 20 to 24.

An employer may require a worker exercising his or her right of refusal to remain at the workplace and assign the worker temporarily to other duties that he or she is reasonably capable of performing: s. 25.

Sections 26, 27 and 28 read as follows:

26. In cases where the exercise of the right to refuse to work prevents at least two other workers from working, the inspector must be present on the premises not later than six hours after his intervention has been required.

If the inspector is not present within the prescribed time, the employer may, notwithstanding section 14, have the work performed by another worker who agrees to do the work after being informed that the right of refusal has been exercised, and of the reasons therefor.

27. Where several workers refuse to perform particular work by reason of the same danger, their cases are examined jointly and may be the subject of a decision concerning them jointly.

28. Where the exercise of the right of refusal results in depriving of work other workers in the undertaking, these other workers are deemed to be at work for the duration of the work stoppage.

The employer may, however, assign the other workers to other duties that they are reasonably capable of performing or require that they remain available at the workplace during the whole period thus remunerated.

Section 30 protects a worker who is exercising his or her right of refusal against disciplinary measures, except within ten days of a final decision by the regional chief inspector or the Commission if the right has been abused.

L'inspecteur tranche dans une décision motivée et confirmée par écrit: art. 19.

La décision de l'inspecteur est exécutoire tant qu'elle n'est pas révisée par l'inspecteur chef régional, à la demande du travailleur, du représentant à la prévention ou de l'employeur dans les délais impartis; la décision de l'inspecteur chef régional est exécutoire tant qu'elle n'est pas révisée par la Commission, à la demande du travailleur, du représentant à la prévention ou de l'employeur; une décision finale s'applique tant que les circonstances ne sont pas changées: art. 20 à 24.

L'employeur peut exiger que le travailleur qui exerce son droit de refus demeure disponible et il peut temporairement l'affecter à une autre tâche qu'il est raisonnablement en mesure d'accomplir: art. 25.

Les articles 26, 27 et 28 se lisent comme suit:

26. Dans le cas où l'exercice du droit de refus a pour conséquence qu'au moins deux autres travailleurs ne peuvent exercer leur travail, l'inspecteur doit être présent sur les lieux au plus six heures après que son intervention a été requise.

Si l'inspecteur n'est pas présent dans ce délai, l'employeur peut, malgré l'article 14, faire exécuter le travail par un autre travailleur qui peut accepter de le faire après avoir été informé du fait que le droit de refus a été exercé et des motifs pour lesquels il a été exercé.

27. Lorsque plusieurs travailleurs refusent d'exécuter un travail en raison d'un même danger, leurs cas peuvent être examinés ensemble et faire l'objet d'une décision qui les vise tous.

28. Lorsque l'exercice du droit de refus a pour résultat de priver de travail d'autres travailleurs de l'établissement, ces travailleurs sont réputés être au travail pendant toute la durée de l'arrêt de travail.

L'employeur peut cependant affecter ces travailleurs à une autre tâche qu'ils sont raisonnablement en mesure d'accomplir ou exiger qu'ils demeurent disponibles sur les lieux du travail pendant toute la période ainsi rémunérée.

L'article 30 protège le travailleur qui exerce son droit de refus contre les mesures disciplinaires, sauf dans les dix jours d'une décision finale de l'inspecteur chef régional ou de la Commission, si le droit a été exercé de façon abusive.

Section 31 protects the safety representative in the same way.

A worker's right to protective re-assignment is conferred by s. 32:

32. A worker who furnishes a certificate attesting that his being exposed to a contaminant entails danger to him, in view of the fact that his health shows signs of deterioration, may request to be re-assigned to duties that do not entail exposure to a contaminant and that he is reasonably capable of performing, until the condition of his health allows him to resume his former duties and his working conditions conform to the standards established by regulation for that contaminant.

Sections 33, 36 and 37, mentioned in the first constitutional question, read as follows:

33. The certificate contemplated in section 32 may be issued by the physician in charge of health services in the establishment where the worker is employed, or another physician.

If the certificate is issued by the physician in charge he must, at the worker's request, notify the physician designated by the worker.

If the certificate is issued by another physician, he must, before issuing it, consult with the physician in charge or, if there is no physician in charge, with the head of the community health department of the territory in which the establishment is situated, or the physician designated by him.

36. A worker is entitled, for the first five working days of his work stoppage, to be remunerated at his regular wage rate. Thereafter, he is entitled, for the period of his work stoppage, to the indemnity provided in subparagraph *b* of subsection 1 of section 2 of the Act respecting indemnities for victims of asbestosis and silicosis in mines and quarries (R.S.Q., c. I-7).

To decide a case under this section, the Commission shall apply, *mutatis mutandis*, subsections 2 and 3 of section 2, and sections 3, 4, 5, 6, 7, 10, 12, 13 and 14 of the act contemplated in the first paragraph, and the Workmen's Compensation Act to the extent that it is consistent with this act.

37. If a worker believes he is not reasonably capable of performing duties to which he is re-assigned by the employer, he may request the health and safety committee or, failing such a committee, the safety representative and the employer to examine and decide the ques-

L'article 31 protège de la même façon le représentant à la prévention.

Le droit du travailleur au retrait préventif lui est conféré par l'art. 32:

32. Un travailleur qui fournit à l'employeur un certificat attestant que son exposition à un contaminant comporte pour lui des dangers, eu égard au fait que sa santé présente des signes d'altération, peut demander d'être affecté à des tâches ne comportant pas une telle exposition et qu'il est raisonnablement en mesure d'accomplir, jusqu'à ce que son état de santé lui permette de réintégrer ses fonctions antérieures et que les conditions de son travail soient conformes aux normes établies par règlement pour ce contaminant.

Les articles 33, 36 et 37, mentionnés dans la première question constitutionnelle, se lisent comme suit:

33. Le certificat visé dans l'article 32 peut être délivré par le médecin responsable des services de santé de l'établissement dans lequel travaille le travailleur ou par un autre médecin.

Si le certificat est délivré par le médecin responsable, celui-ci doit, à la demande du travailleur, aviser le médecin qu'il désigne.

S'il est délivré par un autre médecin que le médecin responsable, ce médecin doit consulter, avant de délivrer le certificat, le médecin responsable ou, à défaut, le chef du département de santé communautaire du territoire dans lequel se trouve l'établissement, ou le médecin que ce dernier désigne.

36. Le travailleur a droit, pendant les cinq premiers jours ouvrables de cessation de travail, d'être rémunéré à son taux de salaire régulier. Par la suite, il a droit, pendant la période de cessation de travail, à l'indemnité prévue par le sous-paragraphe *b* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Loi sur l'indemnisation des victimes d'amiantose ou de silicose dans les mines et les carrières (L.R.Q., c. I-7).

Pour disposer d'un tel cas, la Commission applique, en les adaptant, les paragraphes 2 et 3 de l'article 2, les articles 3, 4, 5, 6, 7, 10, 12, 13 et 14 de la loi visée dans le premier alinéa ainsi que la Loi sur les accidents du travail dans la mesure où elle est compatible avec la présente loi.

37. Si le travailleur croit qu'il n'est pas raisonnablement en mesure d'accomplir les tâches auxquelles il est affecté par l'employeur, il peut demander au comité de santé et de sécurité, ou à défaut de comité, au représentant à la prévention et à l'employeur d'examiner et de

tion in conjunction with the physician in charge of health services in the establishment, or if there is no physician in charge, the head of the community health department of the territory where the establishment is situated.

The worker or the employer may request the Commission to review the decision. If there is no safety committee or safety representative, the worker may send his request directly to the Commission. The Commission's decision is final and executory.

Under section 38, a worker reassigned to other duties retains all the benefits attached to his or her previous employment; at the end of the period of re-assignment, he or she must be returned to his or her regular employment; finally, he or she continues to receive social benefits subject to payment of the assessments, part of which is assumed by the employer.

Section 39 allows a worker who has stopped working to retain all the benefits relating to his or her earlier employment for one year subject to certain conditions.

The provisions regarding re-assignment of a pregnant worker mentioned in the first constitutional question are as follows:

40. A pregnant worker who furnishes to her employer a certificate attesting that her working conditions may be physically dangerous to her unborn child, or to herself by reason of her pregnancy, may request to be re-assigned to other duties involving no such danger that she is reasonably capable of performing.

The form and tenor of the certificate are determined by regulation, and section 33 applies to its issuance.

41. If a requested re-assignment is not made immediately, the pregnant worker may stop working until she is re-assigned or until the date of delivery.

"Delivery" means the natural or the lawfully, medically induced end of a pregnancy by child-birth, whether or not the child is viable.

42. Sections 36 and 37 apply, *mutatis mutandis*, where a pregnant worker exercises her rights under sections 40 and 41.

43. A worker who exercises her rights under sections 40 and 41 retains all the benefits attached to her regular

décider la question en consultation avec le médecin responsable des services de santé de l'établissement ou, à défaut de médecin responsable, avec le chef du département de santé communautaire du territoire où se trouve l'établissement.

Le travailleur ou l'employeur peut demander à la Commission de réviser la décision. S'il n'y a pas de comité ni de représentant à la prévention, le travailleur peut adresser sa demande directement à la Commission. La décision de la Commission est finale et exécutoire.

Suivant l'article 38, le travailleur affecté à d'autres tâches conserve tous les avantages liés à l'emploi antérieur; à la fin de l'affectation, il doit être réintégré dans son emploi régulier; enfin, il continue de bénéficier des avantages sociaux sous réserve du paiement des cotisations dont l'employeur assume sa part.

Quant à l'art. 39, il permet au travailleur qui a cessé de travailler de conserver pendant un an, sous certaines réserves, tous les avantages liés à l'emploi qu'il occupait auparavant.

Les dispositions relatives au retrait préventif de la travailleuse enceinte, mentionnées dans la première question constitutionnelle, sont les suivantes:

40. Une travailleuse enceinte qui fournit à l'employeur un certificat attestant que les conditions de son travail comportent des dangers physiques pour l'enfant à naître ou, à cause de son état de grossesse, pour elle-même, peut demander d'être affectée à des tâches ne comportant pas de tels dangers et qu'elle est raisonnablement en mesure d'accomplir.

La forme et la teneur de ce certificat sont déterminées par règlement et l'article 33 s'applique à sa délivrance.

41. Si l'affectation demandée n'est pas effectuée immédiatement, la travailleuse peut cesser de travailler jusqu'à ce que l'affectation soit faite ou jusqu'à la date de son accouchement.

On entend par «accouchement», la fin d'une grossesse par la mise au monde d'un enfant viable ou non, naturellement ou par provocation médicale légale.

42. Les articles 36 et 37 s'appliquent, en les adaptant, lorsqu'une travailleuse exerce le droit que lui accordent les articles 40 et 41.

43. La travailleuse qui exerce le droit que lui accordent les articles 40 et 41 conserve tous les avantages liés

employment before her re-assignment to other duties or before her work stoppage.

At the end of the worker's period of re-assignment or work stoppage, the employer must return her to her regular employment and grant her the benefits she would have been entitled to had she remained in her employment.

The worker continues to receive the social benefits recognized for her workplace subject to payment of the exigible assessments, part of which is assumed by the employer.

44. On receiving an application from a pregnant worker, the Commission may make temporary payments if it is of opinion that it will probably grant the indemnity.

If the Commission concludes that the application should not be granted, the amounts paid as temporary payments are not recoverable.

45. The funds required for payment of the indemnity are taken by the Commission out of the special fund established under subsection 2 of section 99 of the Workmen's Compensation Act.

Sections 46 to 48 give a breast-feeding worker rights similar to those conferred by ss. 40 to 45, when her working conditions involve risks for the child she is breast-feeding.

Part 5 of Division I of Chapter III imposes obligations on workers in s. 49:

49. A worker must

(1) become familiar with the prevention program applicable to him;

(2) take the necessary measures to ensure his health, safety or physical well-being;

(3) see that he does not endanger the health, safety or physical well-being of other persons at or near his workplace;

(4) undergo the medical examinations required by this act and the regulations;

(5) participate in the identification and elimination of risks of work accidents or occupational diseases at his workplace;

(6) cooperate with the health and safety committee and, where such is the case, with the job-site committee and with any person responsible for the application of this act and the regulations.

à l'emploi qu'elle occupait avant son affectation à d'autres tâches ou avant sa cessation de travail.

À la fin de son affectation ou de sa cessation de travail, l'employeur doit réintégrer la travailleuse dans son emploi régulier.

La travailleuse continue de bénéficier des avantages sociaux reconnus à son lieu de travail, sous réserve du paiement des cotisations exigibles dont l'employeur assume sa part.

44. Sur réception d'une demande d'une travailleuse, la Commission peut faire des paiements temporaires si elle est d'avis qu'elle accordera probablement l'indemnité.

Si la Commission vient à la conclusion que la demande ne doit pas être accordée, les montants versés à titre de paiements temporaires ne sont pas recouvrables.

45. Les fonds nécessaires au paiement de cette indemnité sont puisés par la Commission à même le fonds spécial constitué en vertu du paragraphe 2 de l'article 99 de la Loi sur les accidents du travail.

Les articles 46 à 48 confèrent à la travailleuse qui allaite des droits semblables à ceux dont il est question aux art. 40 à 45 lorsque les conditions de son travail comportent des dangers pour l'enfant qu'elle allaite.

La cinquième partie de la section I du chapitre III impose des obligations aux travailleurs, à l'art. 49:

49. Le travailleur doit:

1° prendre connaissance du programme de prévention qui lui est applicable;

2° prendre les mesures nécessaires pour protéger sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique;

3° veiller à ne pas mettre en danger la santé, la sécurité ou l'intégrité physique des autres personnes qui se trouvent sur les lieux de travail ou à proximité des lieux de travail;

4° se soumettre aux examens de santé exigés pour l'application de la présente loi et des règlements;

5° participer à l'identification et à l'élimination des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles sur le lieu de travail;

6° collaborer avec le comité de santé et de sécurité et, le cas échéant, avec le comité de chantier ainsi qu'avec toute personne chargée de l'application de la présente loi et des règlements.

Division II of Chapter III relates to the employer.

Section 50 sets out the employer's general rights:

50. Every employer is entitled, in particular, in accordance with this act and the regulations, to training, information and counselling services in matters of occupational health and safety.

Section 51 lists the employer's general obligations, including the following:

51. Every employer must take the necessary measures to protect the health and ensure the safety and physical well-being of his worker. He must, in particular,

(1) see that the establishments under his authority are so equipped and laid out as to ensure the protection of the worker;

(3) ensure that the organization of the work and the working procedures and techniques do not adversely affect the safety or health of the worker;

(4) supervise the maintenance of the workplace, provide sanitary installations, drinking water, adequate lighting, ventilation and heating and see that meals are eaten in sanitary quarters at the workplace;

(5) use methods and techniques intended for the identification, control and elimination of risks to the safety or health of the worker;

(7) supply safety equipment and see that it is kept in good condition;

(8) see that no contaminant emitted or dangerous substance used adversely affects the health or safety of any person at a workplace;

(9) give the worker adequate information as to the risks connected with his work and provide him with the appropriate training, assistance or supervision to ensure that he possesses the skill and knowledge required to safely perform the work assigned to him;

(11) provide the worker, free of charge, with all the individual protective health and safety devices or equipment selected by the health and safety committee in accordance with paragraph 4 of section 78 or, as the case may be, the individual or common protective

La section II du chapitre III est relative à l'employeur.

L'article 50 précise quels sont les droits généraux de l'employeur:

50. L'employeur a notamment le droit, conformément à la présente loi et aux règlements, à des services de formation, d'information et de conseil en matière de santé et de sécurité du travail.

L'article 51 énumère les obligations générales de l'employeur parmi lesquelles on trouve les suivantes:

51. L'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique du travailleur. Il doit notamment:

1° s'assurer que les établissements sur lesquels il a autorité sont équipés et aménagés de façon à assurer la protection du travailleur;

3° s'assurer que l'organisation du travail et les méthodes et techniques utilisées pour l'accomplir sont sécuritaires et ne portent pas atteinte à la santé du travailleur;

4° contrôler la tenue des lieux de travail, fournir des installations sanitaires, l'eau potable, un éclairage, une aération et un chauffage convenables et faire en sorte que les repas pris sur les lieux de travail soient consommés dans des conditions hygiéniques;

5° utiliser les méthodes et techniques visant à identifier, contrôler et éliminer les risques pouvant affecter la santé et la sécurité du travailleur;

7° fournir un matériel sécuritaire et assurer son maintien en bon état;

8° s'assurer que l'émission d'un contaminant ou l'utilisation d'une matière dangereuse ne porte atteinte à la santé ou à la sécurité de quiconque sur un lieu de travail;

9° informer adéquatement le travailleur sur les risques reliés à son travail et lui assurer la formation, l'entraînement et la supervision appropriés afin de faire en sorte que le travailleur ait l'habileté et les connaissances requises pour accomplir de façon sécuritaire le travail qui lui est confié;

11° fournir gratuitement au travailleur tous les moyens et équipements de protection individuels choisis par le comité de santé et de sécurité conformément au paragraphe 4° de l'article 78 ou, le cas échéant, les moyens et équipements de protection individuels ou

devices or equipment determined by regulation, and require that the worker use these devices and equipment in the course of work;

(12) allow workers to undergo the medical examinations during employment required under this act and the regulations;

(13) give, to the workers, the health and safety committee, the certified association, the head of the community health department and the Commission, the list of the dangerous substances used in the establishment and of the contaminants that may be emitted;

Section 53 provides:

53. No employer may have particular work performed

(1) by a worker who has not reached the age determined by regulation to perform such work;

(2) beyond the daily or weekly maximum number of hours fixed by regulation;

(3) by a person who has not undergone the medical examination or does not hold the health certificate prescribed by regulation to perform such work.

Section 54 prohibits an employer or owner, in the cases determined by regulation, from undertaking the construction of an establishment or altering installations or equipment unless he or she has previously sent the Commission the plans and specifications of an architect or engineer attesting to their conformity with the regulations.

Sections 58 to 61 require an employer whose establishment falls in a category identified by regulation to see that a prevention program is implemented for that establishment.

Under section 59, such a prevention program must contain the following:

59. ...

(1) programmes for the adaptation of the establishment to the standards prescribed by the regulations respecting the layout of workplaces, work organization, equipment, material, contaminants, dangerous substances, processes and collective safety measures and equipment;

(2) measures of supervision of the quality of the work environment and of preventive maintenance;

collectifs déterminés par règlement et s'assurer que le travailleur, à l'occasion de son travail, utilise ces moyens et équipements;

12° permettre aux travailleurs de se soumettre aux examens de santé en cours d'emploi exigés pour l'application de la présente loi et des règlements;

13° communiquer aux travailleurs, au comité de santé et de sécurité, à l'association accréditée, au chef du département de santé communautaire et à la Commission, la liste des matières dangereuses utilisées dans l'établissement et des contaminants qui peuvent y être émis;

L'article 53 prescrit:

53. L'employeur ne peut faire exécuter un travail:

1° par un travailleur qui n'a pas atteint l'âge déterminé par règlement pour exécuter ce travail;

2° au-delà de la durée maximale quotidienne ou hebdomadaire fixée par règlement;

3° par une personne qui n'a pas subi les examens de santé ou qui ne détient pas un certificat de santé exigés par les règlements pour effectuer un tel travail.

L'article 54 interdit à l'employeur ou au propriétaire, dans les cas déterminés par règlement, d'entreprendre la construction d'un établissement ou de modifier des installations ou équipements sans transmettre au préalable à la Commission des plans et devis d'architecte ou d'ingénieur attestant de leur conformité aux règlements.

Les articles 58 à 61 imposent à l'employeur dont l'établissement appartient à une catégorie identifiée par règlement de faire en sorte qu'un programme de prévention propre à cet établissement soit mis en application.

Selon l'article 59, un tel programme de prévention doit notamment contenir les éléments suivants:

59. ...

1° des programmes d'adaptation de l'établissement aux normes prescrites par les règlements concernant l'aménagement des lieux de travail, l'organisation du travail, l'équipement, le matériel, les contaminants, les matières dangereuses, les procédés et les moyens et équipements de protection collectifs;

2° des mesures de surveillance de la qualité du milieu de travail et des mesures d'entretien préventif;

(3) the specific standards of sanitation and safety for the establishment

Under section 60, the *C.S.S.T.* may order that the content of a program be amended.

Section 62 is one of the sections mentioned in the constitutional questions submitted in *Canadian National*. It will be cited in the reasons in that case. It imposes on employers a duty to inform the regional chief inspector of major accidents within 24 hours. It also provides that the scene of an incident must remain unchanged until it has been investigated, except to prevent an aggravation of the situation or if the inspector authorizes a change.

Division III of Chapter III relates to suppliers, who are prohibited by s. 63 from manufacturing, supplying, selling, leasing, distributing or installing any product, process, equipment, material, contaminant or dangerous substance unless it is safe and in conformity with the standards prescribed by regulation.

The crucial Chapter IV is entitled "Health and Safety Committees". Under sections 68 and 69, these committees may be created in any establishment employing more than twenty workers, belonging to a category identified for that purpose by regulation, at the request of a certified association or by order of the *C.S.S.T.*

Parity is ensured in these health and safety committees by ss. 71 to 73: at least half their members represent workers and are designated by them or by the certified association where it represents all the workers of the establishment.

Among the committees' functions are the following, set out in s. 78:

78. . . .

(1) to choose, in accordance with section 118, the physician in charge of health services in the establishment;

(2) to approve the health programme prepared by the physician in charge under section 112;

(3) to establish, within the prevention programme, training and information programmes in matters of occupational health and safety;

3° les normes d'hygiène et de sécurité spécifiques à l'établissement; . . .

Selon l'article 60, la *C.S.S.T.* peut ordonner que le contenu du programme soit modifié.

L'article 62 est l'un des articles que mentionnent les questions constitutionnelles posées dans *Chemins de fer nationaux*. Il sera cité dans les motifs de cet arrêt-là. Il impose à l'employeur le devoir d'informer dans les 24 heures l'inspecteur chef régional des accidents importants. Il prescrit également que les lieux de l'accident doivent demeurer inchangés pour le temps d'une enquête, sauf pour empêcher une aggravation ou si l'inspecteur autorise un changement.

La section III du chapitre III est relative aux fournisseurs à qui l'art. 63 interdit de fabriquer, fournir, vendre, louer, distribuer ou installer un produit, un procédé, un équipement, un matériel, un contaminant ou une matière dangereuse à moins que ceux-ci ne soient sécuritaires et conformes aux normes prescrites par règlement.

L'important chapitre IV s'intitule «Les comités de santé et de sécurité». Selon les art. 68 et 69, ces comités peuvent être formés au sein d'un établissement groupant plus de vingt travailleurs, appartenant à une catégorie identifiée à cette fin par règlement, à la demande d'une association accréditée ou sur l'ordre de la *C.S.S.T.*

Aux termes des art. 71 à 73, ces comités de santé et de sécurité sont paritaires: au moins la moitié de leurs membres représentent les travailleurs et sont désignés par eux ou par l'association accréditée lorsqu'elle représente l'ensemble des travailleurs de l'établissement.

Parmi les fonctions des comités se trouvent celles qui suivent, énumérées à l'art. 78:

78. . . .

1° de choisir conformément à l'article 118 le médecin responsable des services de santé dans l'établissement;

2° d'approuver le programme de santé élaboré par le médecin responsable en vertu de l'article 112;

3° d'établir, au sein du programme de prévention, les programmes de formation et d'information en matière de santé et de sécurité du travail;

(4) to select the individual protective devices and equipment which, while complying with the regulations, are best adapted to the needs of the workers of the establishment;

(9) to receive copy [*sic*] of notices of accident and to inquire into incidents that have caused or could have caused a work accident or an occupational disease and to submit the appropriate recommendations to the employer and the Commission;

(10) to receive suggestions and complaints from the workers, the certified association and the employer relating to occupational health and safety, and to examine, record, and answer these suggestions and complaints;

(11) to receive and study the reports of inspections made in the establishment;

(13) to carry out any other task the employer and the workers or their certified association entrust to it under an agreement.

Members of the health and safety committees are protected against disciplinary measures by s. 81, unless they abuse their functions.

Chapter V of the *Act* is entitled "Safety Representative". This person—there may be more than one—is designated from among the workers of an establishment where there is a health and safety committee, in the same way as the workers on such a committee, that is, he or she is designated by the workers.

Section 90 defines the functions of a safety representative:

90. The functions of a safety representative are

(1) to inspect workplaces;

(2) to receive copies of accident notices and investigate incidents that have caused or could have caused an accident;

(3) to identify situations that may be a source of danger to workers;

(4) to make such recommendations to the health and safety committee as he deems appropriate or, if there is no such committee, to the workers or their certified association and the employer;

(5) to assist workers in the exercise of their rights under this act and the regulations;

4° de choisir les moyens et équipements de protection individuels qui, tout en étant conformes aux règlements, sont les mieux adaptés aux besoins des travailleurs de l'établissement;

^a 9° de recevoir copie des avis d'accidents et d'enquêter sur les événements qui ont causé ou qui auraient été susceptibles de causer un accident du travail ou une maladie professionnelle et soumettre les recommandations appropriées à l'employeur et à la Commission;

^b 10° de recevoir les suggestions et les plaintes des travailleurs, de l'association accréditée et de l'employeur relatives à la santé et à la sécurité du travail, les prendre en considération, les conserver et y répondre;

^c 11° de recevoir et d'étudier les rapports d'inspections effectuées dans l'établissement;

^d 13° d'accomplir toute autre tâche que l'employeur et les travailleurs ou leur association accréditée lui confient en vertu d'une convention.

^e Les membres des comités de santé et de sécurité sont protégés contre les mesures disciplinaires par l'art. 81 sauf en cas d'exercice abusif de leurs fonctions.

^f Le chapitre V de la *Loi* s'intitule «Le représentant à la prévention». Ce dernier—mais il peut y en avoir plusieurs—est désigné parmi les travailleurs de l'établissement où il existe un comité de santé et de sécurité, de la même façon que les travailleurs d'un tel comité, c'est-à-dire qu'il est désigné par les travailleurs.

^g L'article 90 définit les fonctions du représentant à la prévention:

90. Le représentant à la prévention a pour fonctions:

^h 1° de faire l'inspection des lieux de travail;

2° de recevoir copie des avis d'accidents et d'enquêter sur les événements qui ont causé ou auraient été susceptibles de causer un accident;

ⁱ 3° d'identifier les situations qui peuvent être source de danger pour les travailleurs;

4° de faire les recommandations qu'il juge opportunes au comité de santé et de sécurité ou, à défaut, aux travailleurs ou à leur association accréditée et à l'employeur;

^j 5° d'assister les travailleurs dans l'exercice des droits qui leur sont reconnus par la présente loi et les règlements;

(6) to accompany the inspector on visits of inspection;

(7) to intervene in the cases where a worker exercises his right of refusal;

(8) to submit complaints to the regional chief inspector;

(9) to participate in the identification and assessment of risks connected with certain jobs and with the kinds of work performed by the workers, and the identification of contaminants and dangerous substances connected with certain kinds of work for the purposes of section 52.

Under section 92 a safety representative may take time off work without loss of pay as necessary to perform certain of his or her duties, and he or she is also protected against disciplinary measures by s. 97, except in cases of abuse.

Chapter VI, which contains ss. 98 to 103, relates to sector-based associations of employers or union associations to provide employers and workers in a sector with training, information, research and counselling services.

Chapter VII, which contains ss. 104 to 106, authorizes the *C.S.S.T.* to grant subsidies to union associations and employers' associations.

Chapter VIII is entitled "Occupational Health". It contains ss. 107 to 136, grouped in five divisions: the first is concerned with the health programs established by the *C.S.S.T.* and the standard contracts concluded between the *C.S.S.T.* and hospital centers. Division II of this chapter relates to specific health programs for an establishment set up by the physician in charge. Division III deals with the physician in charge of health services in an establishment. Division IV deals with the head of the community health department. Lastly, Division V of this chapter concerns the recognition of certain health services.

Chapter IX, which contains ss. 137 to 176, is concerned with the establishment and functions of the *C.S.S.T.*, which under s. 328 replaces the Commission des accidents du travail du Québec. Section 160 gives the Commission or persons des-

6° d'accompagner l'inspecteur à l'occasion des visites d'inspection;

7° d'intervenir dans les cas où le travailleur exerce son droit de refus;

8° de porter plainte auprès de l'inspecteur chef régional;

9° de participer à l'identification et à l'évaluation des caractéristiques concernant les postes de travail et le travail exécuté par les travailleurs de même qu'à l'identification des contaminants et des matières dangereuses présents dans les postes de travail aux fins de l'article 52.

Le représentant à la prévention peut, conformément à l'art. 92, s'absenter de son travail sans perte de salaire pour exercer certaines de ses fonctions, et il est aussi protégé contre les mesures disciplinaires par l'art. 97, sauf en cas d'abus.

Le chapitre VI, qui comprend les art. 98 à 103, est relatif aux associations sectorielles d'employeurs ou d'associations syndicales qui ont pour objet de fournir aux employeurs et aux travailleurs d'un secteur des services de formation, d'information, de recherche et de conseil.

Le chapitre VII, qui comprend les art. 104 à 106, permet à la *C.S.S.T.* de subventionner les associations syndicales et les associations d'employeurs.

Le chapitre VIII s'intitule «La santé au travail». Il comprend les art. 107 à 136 regroupés en cinq sections; la première est relative aux programmes de santé élaborés par la *C.S.S.T.* et les contrats types conclus entre la *C.S.S.T.* et les centres hospitaliers. La deuxième section de ce chapitre est relative au programme de santé spécifique à un établissement élaboré par le médecin responsable. La troisième section est relative au médecin responsable des services de santé d'un établissement. La quatrième section porte sur le chef de département de santé communautaire. Enfin, la cinquième section de ce chapitre a trait à la reconnaissance de certains services de santé.

Le chapitre IX, qui comprend les art. 137 à 176, a pour objets la constitution et les fonctions de la *C.S.S.T.* laquelle, en vertu de l'art. 328, est substituée à la Commission des accidents du travail du Québec. L'article 160 confère à la Commission ou

ignated by it to conduct investigations the powers and immunity of commissioners appointed under the *Act respecting public inquiry commissions*, R.S.Q., c. C-37, except the power of imposing imprisonment. Section 161 is concerned with the immunity of the Commission, its members, its board of directors, its vice-presidents and its officers.

Chapter X is entitled "Inspection". It includes the text of ss. 177 to 193, which with s. 62 are provisions mentioned in the constitutional questions submitted in *Canadian National*. Sections 177 to 193 read as follows:

177. For the purposes of the application of this act and the regulations, inspectors and regional chief inspectors shall be appointed and remunerated in accordance with the Civil Service Act.

178. Sections 160 and 161 apply to an inspector or regional chief inspector appointed under section 177.

179. An inspector, in the performance of his duties, may, at any reasonable hour of the day or night, enter a place where activities are carried on in the fields contemplated in this act and the regulations.

An inspector acting under this section has access to all the books, registers and records of any employer, principal contractor, supplier or other person carrying on an activity in the fields contemplated by this act and the regulations. A person having custody, possession or control of these books, registers or records shall give communication of them to the inspector and facilitate his examination of them.

An inspector shall, on demand, produce a certificate of his office.

If the investigation is to be made in a place wholly or partly used as a dwelling, the inspector must, to carry out his duties, have a search warrant issued under the Summary Convictions Act (R.S.Q., c. P-15) or the written consent of the occupant.

180. The inspector may, in addition to his general powers,

(1) investigate any matter within his competence;

(2) require the employer or principal contractor, whichever is the case, to produce the plan of the installations and of the layout of the equipment;

aux personnes qu'elle désigne pour enquêter les pouvoirs et l'immunité des commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., chap. C-37, sauf celui d'imposer l'emprisonnement. L'article 161 est relatif à l'immunité de la Commission, de ses membres, de son conseil d'administration, de ses vice-présidents et fonctionnaires.

Le chapitre X s'intitule «Inspection». Il comprend le texte des art. 177 à 193 lesquels, avec l'art. 62, sont des dispositions que mentionnent les questions constitutionnelles posées dans *Chemins de fer nationaux*. Voici le texte des art. 177 à 193:

177. Aux fins de l'application de la présente loi et des règlements, des inspecteurs et des inspecteurs chefs régionaux sont nommés et rémunérés suivant la Loi sur la fonction publique.

178. Les articles 160 et 161 s'appliquent à un inspecteur et à un inspecteur chef régional nommés en vertu de l'article 177.

179. Un inspecteur peut, dans l'exercice de ses fonctions, pénétrer à toute heure raisonnable du jour ou de la nuit dans un lieu où sont exercées des activités dans les domaines visés dans la présente loi et les règlements.

Un inspecteur a alors accès à tous les livres, registres et dossiers d'un employeur, d'un maître d'œuvre, d'un fournisseur ou de toute autre personne qui exerce une activité dans les domaines visés dans la présente loi et les règlements. Une personne qui a la garde, la possession ou le contrôle de ces livres, registres ou dossiers doit en donner communication à l'inspecteur et lui en faciliter l'examen.

Un inspecteur doit, s'il en est requis, exhiber un certificat attestant sa qualité.

Si l'enquête doit se faire dans un endroit servant entièrement ou partiellement à des fins d'habitation, l'inspecteur doit pour exercer ses fonctions, être muni d'un mandat de perquisition émis en vertu de la Loi sur les poursuites sommaires (L.R.Q., c. P-15) ou avoir l'assentiment écrit de la personne qui occupe cet endroit.

180. En outre des pouvoirs généraux qui lui sont dévolus, l'inspecteur peut:

1° enquêter sur toute matière relevant de sa compétence;

2° exiger de l'employeur ou du maître d'œuvre, selon le cas, le plan des installations et de l'aménagement du matériel;

(3) take, free of charge, samples of any kind, particularly of objects used by the workers, for analysis; he must then inform the employer and, if possible, return the samples to him after analysis;

(4) conduct tests and make photographs or recordings at a workplace;

(5) in order to ensure that a building, a structure or civil engineering works are stable, require the employer, principal contractor or owner to produce an attestation of solidity signed by an engineer or architect, or an attestation contemplated in section 54;

(6) in such cases as he may determine, install a measuring device at a workplace, or cause it to be worn by a worker with the worker's written consent, or order the employer to install it or cause it to be worn at the time and place the inspector indicates, and require the employer to transmit the data on the terms and conditions the inspector determines;

(7) be accompanied by one or more persons of his choice while performing his duties.

181. On arriving at a workplace, and before making an investigation or inspection, an inspector shall take reasonable steps to advise the employer, the certified association and the prevention officer. On a construction site, he shall advise the principal contractor and the safety representative.

182. If he considers it advisable, an inspector may issue a remedial order requiring a person to comply with this act or the regulations, and fix the time in which he must comply.

183. The inspector shall communicate the findings of his investigation or inspection to the employer, the certified association, the job-site committee, the health and safety committee, the safety representative and the head of the community health department; he shall send them a copy of any remedial order. If there is no committee, the employer shall post up copies of the remedial order in a sufficient number of conspicuous places easily accessible to the workers to ensure that they are informed.

184. A person to whom an inspector has given a remedial order shall carry it out in the appointed time, and inform the certified association, the health and safety committee, the safety representative and the inspector, as soon as possible, of the specific measures he intends to take.

a 3° prélever, sans frais, à des fins d'analyse, des échantillons de toute nature notamment à même les objets utilisés par les travailleurs; il doit alors en informer l'employeur et lui retourner, après analyse, l'objet ou les échantillons prélevés lorsque c'est possible de le faire;

4° faire des essais et prendre des photographies ou enregistrements sur un lieu de travail;

b 5° exiger de l'employeur, du maître d'œuvre ou du propriétaire, pour s'assurer de la solidité d'un bâtiment, d'une structure ou d'un ouvrage de génie civil, une attestation de solidité signée par un ingénieur ou un architecte ou une attestation prévue par l'article 54;

c 6° installer, dans les cas qu'il détermine, un appareil de mesure sur un lieu de travail ou sur un travailleur si ce dernier y consent par écrit ou ordonner à l'employeur d'installer un tel appareil et ce, dans un délai et dans un endroit qu'il désigne, et obliger l'employeur à transmettre les données recueillies selon les modalités qu'il détermine;

d 7° se faire accompagner par une ou des personnes de son choix dans l'exercice de ses fonctions.

e **181.** À son arrivée sur un lieu de travail, l'inspecteur doit, avant d'entreprendre une enquête ou une inspection, prendre les mesures raisonnables pour aviser l'employeur, l'association accréditée et le représentant à la prévention. Sur un chantier de construction, il avise le maître d'œuvre et le représentant à la prévention.

f **182.** L'inspecteur peut, s'il l'estime opportun, émettre un avis de correction enjoignant une personne de se conformer à la présente loi ou aux règlements et fixer un délai pour y parvenir.

g **183.** L'inspecteur communique le résultat de son enquête ou de son inspection à l'employeur, à l'association accréditée, au comité de chantier, au comité de santé et de sécurité, au représentant à la prévention et au chef du département de santé communautaire; il leur transmet, le cas échéant, copie de l'avis de correction. Lorsqu'il n'existe pas de comité, l'employeur doit afficher une copie de l'avis de correction dans autant d'endroits visibles et facilement accessibles aux travailleurs qu'il est raisonnablement nécessaire pour assurer leur information.

h **184.** La personne à qui un inspecteur a adressé un avis de correction doit y donner suite dans le délai imparti; il doit, en outre, informer dans les plus brefs délais l'association accréditée, le comité de santé et de sécurité, le représentant à la prévention et l'inspecteur des mesures précises qu'il entend prendre.

i

185. No person may hinder an inspector in the performance of his duties, mislead or attempt to mislead him by concealment or false or untruthful statements, refuse to give his surname, given names and address to the inspector or neglect to obey an order he may give under this act or the regulations.

186. An inspector may order the suspension of work or the complete or partial shut-down of a workplace and, if necessary, affix seals, if he considers a worker's health, safety or physical well-being to be endangered.

The inspector shall substantiate his decision in writing as soon as possible and indicate the steps to be taken to eliminate the danger.

Section 183 applies, *mutatis mutandis*, to the inspector's order.

187. During a suspension of work or a shut-down, the workers are deemed to be at work and therefore entitled to the wages and social benefits related to their work.

188. No person may be admitted to a workplace shut down by an inspector except, with his authorization, to do the necessary work to eliminate the danger.

However, the application of the first paragraph cannot prevent an employer, principal contractor or owner from taking such conservation measures as are necessary to avoid the destruction or serious deterioration of the moveable or immovable property in the workplace.

189. Work shall not be resumed nor the workplace reopened until authorized by the inspector.

Section 183 applies, *mutatis mutandis*, to the inspector's authorization.

190. Where a person contravenes this act or the regulations, an inspector may order him to cease making, supplying, selling, leasing, distributing or installing the product, process, equipment, material, contaminant or dangerous substance concerned, and affix seals or confiscate such objects and order the person to cease every activity that might cause the emission of the contaminant concerned.

The inspector shall substantiate his decision in writing, indicating, where that is the case, the steps to be taken to bring the product, process, equipment, material, contaminant or dangerous substance, or the activity that might cause the emission of the contaminant, into conformity with the act and the regulations.

185. Il est interdit d'entraver un inspecteur dans l'exercice de ses fonctions, de le tromper ou de tenter de le tromper par des réticences ou par des déclarations fausses ou mensongères, de refuser de lui déclarer ses nom, prénoms et adresse ou de négliger d'obéir à un ordre qu'il peut donner en vertu de la présente loi ou des règlements.

186. Un inspecteur peut ordonner la suspension des travaux ou la fermeture, en tout ou en partie, d'un lieu de travail et, s'il y a lieu, apposer les scellés lorsqu'il juge qu'il y a danger pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique des travailleurs.

Il doit alors motiver sa décision par écrit dans les plus brefs délais et indiquer les mesures à prendre pour éliminer le danger.

L'article 183 s'applique, en l'adaptant, à cet ordre de l'inspecteur.

187. Pendant que dure une suspension des travaux ou une fermeture, les travailleurs sont réputés être au travail et ont ainsi droit à leur salaire et aux avantages liés à leur emploi.

188. Personne ne peut être admis sur un lieu de travail fermé par un inspecteur sauf, avec l'autorisation de l'inspecteur, les personnes qui exécutent les travaux nécessaires pour éliminer le danger.

Toutefois, l'application du premier alinéa ne peut avoir pour effet d'empêcher un employeur, un maître d'œuvre ou un propriétaire de prendre les moyens de conservation nécessaires pour éviter la destruction ou la détérioration grave de biens meubles ou immeubles qui s'y trouvent.

189. Les travaux ne peuvent reprendre ou le lieu de travail être réouvert avant que l'inspecteur ne l'ait autorisé.

L'article 183 s'applique, en l'adaptant, à l'autorisation de l'inspecteur.

190. L'inspecteur peut, lorsqu'une personne enfreint la présente loi ou les règlements, ordonner qu'elle cesse de fabriquer, fournir, vendre, louer, distribuer ou installer le produit, le procédé, l'équipement, le matériel, le contaminant ou la matière dangereuse concerné et apposer les scellés ou confisquer ces biens et ordonner qu'elle cesse toute activité susceptible de causer l'émission du contaminant concerné.

Il doit alors motiver sa décision par écrit en indiquant, le cas échéant, les mesures à prendre pour que le produit, le procédé, l'équipement, le matériel, le contaminant ou la matière dangereuse ou que l'activité susceptible de causer l'émission du contaminant soit rendu conforme à la loi et aux règlements.

The person is prohibited from again making, supplying, selling, leasing, distributing or installing the product, process, equipment, material, contaminant or dangerous substance, or resuming the activity that might cause the emission of a contaminant, until authorized by the inspector.

Section 183 applies, *mutatis mutandis*, to the inspector's order or authorization.

191. An inspector's order or decision is executory until reviewed by the regional chief inspector.

192. A regional chief inspector's order or decision is executory until reviewed by the Commission.

The Commission's decision is final and without appeal.

193. The inspectors, regional chief inspectors and personnel required for the application of this chapter and of Division V of Chapter XI are responsible to such member of the Executive Council or such body as the Government may designate.

Chapter XI relates to construction sites. It contains ss. 194 to 222.

Chapter XII, which contains ss. 223 to 226, is entitled "Regulations" and gives the C.S.S.T. very wide powers to make regulations. Section 223 reads in part as follows:

223. The Commission may make regulations

(1) establishing categories of establishments, according to the activities carried on, the number of employees or the frequency and seriousness of accidents and occupational diseases;

(3) listing contaminants or dangerous substances, classifying them, identifying the biological or chemical agents and determining for each class or each contaminant a maximum permissible quantity or concentration of emission, deposit, issuance or discharge at a workplace, prohibiting or restricting the use of a contaminant or prohibiting any emission, deposit, issuance or discharge of a contaminant;

(6) identifying the contaminants in respect of which a worker may exercise his rights under section 32, determining the criteria of deterioration of health associated with each contaminant warranting the exercise of that

La fabrication, la fourniture, la vente, la location, la distribution ou l'installation du produit, du procédé, de l'équipement, du matériel, du contaminant ou de la matière dangereuse ou l'activité susceptible de causer l'émission d'un contaminant ne peut reprendre avant que l'inspecteur ne l'ait autorisée.

L'article 183 s'applique, en l'adaptant, à un ordre ou une autorisation de l'inspecteur.

191. Un ordre ou une décision d'un inspecteur est exécutoire tant qu'il n'est pas révisé par l'inspecteur chef régional.

192. Un ordre ou une décision d'un inspecteur chef régional est exécutoire tant qu'il n'est pas révisé par la Commission.

Les décisions de la Commission sont finales et sans appel.

193. Les inspecteurs, les inspecteurs chefs régionaux et le personnel requis pour l'application du présent chapitre et de la section V du chapitre XI relèvent du membre du conseil exécutif ou de l'organisme que peut désigner le gouvernement.

Le chapitre XI est relatif aux chantiers de construction. Il comprend les art. 194 à 222.

Le chapitre XII, qui comprend les art. 223 à 226, s'intitule «Règlements» et il confère à la C.S.S.T. des pouvoirs fort étendus de faire des règlements. L'article 223 se lit en partie comme suit:

223. La Commission peut faire des règlements pour:

1° établir des catégories d'établissements en fonction des activités exercées, du nombre d'employés, des dangers pour la santé et la sécurité des travailleurs ou de la fréquence et de la gravité des accidents et des maladies professionnelles;

3° dresser une liste des contaminants ou des matières dangereuses, les classer en catégories notamment en identifiant les agents biologiques et chimiques et déterminer, pour chaque catégorie ou chaque contaminant, une quantité ou une concentration maximale permissible d'émission, de dépôt, de dégagement ou de rejet dans un lieu de travail, en prohiber ou restreindre l'utilisation ou en interdire toute émission, dépôt, dégagement ou rejet;

6° identifier les contaminants à l'égard desquels un travailleur peut exercer le droit que lui reconnaît l'article 32, déterminer les critères d'altération à la santé associés à chacun de ces contaminants et permettant

right, specifying the conditions of the protective re-assignment of a worker and his return to his duties, and determining the form and tenor of the certificate contemplated in sections 32, 40 and 46;

(7) prescribing measures for the supervision of the quality of the work environment and standards applicable to every establishment or construction site in view of ensuring the health, safety and physical well-being of workers, particularly with regard to work organization, lighting, heating, sanitary installations, quality of food, noise, ventilation, variations in temperature, quality of air, access to the establishment, means of transportation used by workers, eating rooms and cleanliness of a workplace, and determining the hygienic and safety standards to be complied with by the employer where he makes premises available to workers for lodging, meal service or leisure [*sic*] activities;

(9) determining, by category of establishments or construction sites, the individual and common protective devices and equipment that the employer must put at the disposal of the workers, free of charge;

(11) fixing the minimum age at which a worker may carry out particular work it specifies;

(12) fixing, in such cases or circumstances as it may indicate, the maximum daily or weekly number of hours that may be devoted to particular work, according to the nature of the work, the place where it is carried out and the physical capacity of the worker, and prescribing the distribution of these hours and a minimum rest period or meal period;

(14) indicating the cases or circumstances in which new construction or alterations to existing installations must not be undertaken without prior transmission to the Commission of the architect's or engineer's plans and specifications, and indicating the time, terms and conditions of their transmission; prescribing standards of construction, development, maintenance and demolition;

(16) determining the cases and circumstances where an establishment or construction site must be considered remote, and the living conditions to be maintained there by the employer for the benefit of the workers;

(17) determining the categories of establishments for which a prevention program must be implemented, the

l'exercice de ce droit, préciser les critères du retrait d'un travailleur de son poste de travail et de sa réintégration, et déterminer la forme et la teneur du certificat visé dans les articles 32, 40 et 46;

a 7° prescrire les mesures de surveillance de la qualité du milieu de travail et les normes applicables à tout établissement ou chantier de construction de manière à assurer la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs notamment quant à l'organisation du travail, à l'éclairage, au chauffage, aux installations sanitaires, à la qualité de l'alimentation, au bruit, à la ventilation, aux contraintes thermiques, à la qualité de l'air, à l'accès à l'établissement, aux moyens de transports utilisés par les travailleurs, aux locaux pour prendre les repas et à la propreté sur un lieu de travail et déterminer les normes d'hygiène et de sécurité que doit respecter l'employeur lorsqu'il met des locaux à la disposition des travailleurs à des fins d'hébergement, de services d'alimentation ou de loisirs;

d 9° déterminer, en fonction des catégories d'établissements ou de chantiers de construction, les moyens et équipements de protection individuels ou collectifs que l'employeur doit fournir gratuitement au travailleur;

e 11° fixer l'âge minimum qu'un travailleur doit avoir atteint pour exécuter un travail qu'elle identifie;

f 12° déterminer, dans les cas ou circonstances qu'elle indique, le nombre d'heures maximum, par jour ou par semaine, qui peut être consacré à un travail, selon la nature de celui-ci, le lieu où il est exécuté et la capacité physique du travailleur et prévoir la distribution de ces heures ainsi qu'une période minimum de repos ou de repas;

g 14° indiquer dans quels cas ou circonstances une construction nouvelle ou une modification à des installations existantes ne peut être entreprise sans transmission préalable à la Commission des plans et devis d'architecte ou d'ingénieur et indiquer les délais et les modalités selon lesquels cette transmission doit être faite, et prescrire des normes de construction, d'aménagement, d'entretien et de démolition;

i 16° déterminer les cas et circonstances dans lesquels un établissement ou un chantier de construction doit être considéré comme éloigné et déterminer les conditions de vie que l'employeur doit y maintenir au bénéfice des travailleurs;

j 17° déterminer les catégories d'établissements pour lesquelles un programme de prévention doit être mis en

minimum compulsory content of a prevention programme for each category of establishments or construction sites, and the time, terms and conditions of transmission of a prevention programme and its updating to the Commission;

(19) prescribing standards respecting the safety of such products, processes, equipment, materials, contaminants or dangerous substances as it specifies, indicating the directions for their use, maintenance and repair, and prohibiting or restricting their use;

(24) determining, by category of establishments, the amount of time that a safety representative may devote to his functions, determining, by category of establishments or construction sites, the instruments or apparatus a safety representative needs to exercise his functions and determining the registration, travel and accommodation expenses borne by it under sections 91 and 211;

(42) generally prescribing any other measure to facilitate the application of this act.

The content of the regulations may vary according to the categories of persons, workers, employers, workplaces, establishments or construction sites to which they apply. The regulations may also provide times within which they are to be applied, and these times may vary according to the object and scope of each regulation.

Chapter XIII includes ss. 227 to 233. It deals with the recourses of a worker who has been illegally penalized for exercising a right conferred by the *Act*. He or she may proceed by a complaint to the labour commissioner-general or personally or through his or her certified association, have recourse to the grievance settlement procedure and arbitration.

Chapter XIV includes ss. 234 to 246. It deals with offences against the *Act* and penalties.

Chapter XV, on financing, includes ss. 247 to 250. Section 247 provides that the *C.S.S.T.* will collect from employers the sums required to defray all the costs arising from application of the *Act* and regulations. However, certain expenses relating to inspection are granted annually by the Legislature, which may also annually pay part of

application, déterminer le contenu minimum obligatoire de ce programme de prévention, selon la catégorie à laquelle appartient un établissement ou un chantier de construction et déterminer les modalités et les délais selon lesquels le programme de prévention et sa mise à jour doivent être transmis à la Commission;

19° prescrire des normes relatives à la sécurité des produits, procédés, équipements, matériels, contaminants ou matières dangereuses qu'elle identifie, en indiquer les modes d'utilisation, d'entretien et de réparation et en prohiber ou restreindre l'utilisation;

24° déterminer, en fonction des catégories d'établissements, le temps qu'un représentant à la prévention peut consacrer à l'exercice de ses fonctions, déterminer selon les catégories d'établissements ou de chantiers de construction les instruments ou appareils nécessaires à l'exercice des fonctions du représentant à la prévention, et déterminer les frais d'inscription, de déplacement et de séjour qu'elle assume en vertu des articles 91 et 211;

42° généralement prescrire toute autre mesure utile à la mise en application de la présente loi.

Le contenu des règlements peut varier selon les catégories de personnes, de travailleurs, d'employeurs, de lieux de travail, d'établissements ou de chantiers de construction auxquelles ils s'appliquent. Les règlements peuvent, en outre, prévoir des délais de mise en application qui peuvent varier selon l'objet et la portée de chaque règlement.

Le chapitre XIII comprend les art. 227 à 233. Il est relatif aux recours du travailleur illégalement pénalisé à cause de l'exercice d'un droit lui résultant de la *Loi*. Il peut procéder par voie de plainte auprès du commissaire général du travail ou, personnellement ou par son association accréditée, avoir recours à la procédure de règlement de griefs et à l'arbitrage.

Le chapitre XIV comprend les art. 234 à 246. Il est relatif aux infractions à la *Loi* et aux peines.

Le chapitre XV, relatif au financement, comprend les art. 247 à 250. L'article 247 prescrit que la *C.S.S.T.* perçoit des employeurs les sommes requises pour défrayer tous les coûts qui découlent de l'application de la *Loi* et des règlements. Toutefois, certaines dépenses relatives à l'inspection sont accordées annuellement par la Législature qui peut

the amounts required to give effect to the *Act* and regulations in relation to education, information and research: ss. 249 and 250.

Chapter XVI is entitled "Transitional Provisions". It contains ss. 251 to 335.

Chapter XVII is entitled "Final Provisions". It contains ss. 336 to 338.

Before leaving this matter and passing on to the analysis and characterization of the *Act*, it should be noted that Parliament acted before the Quebec Legislature in adopting legislation on occupational health and security in federal undertakings. These provisions are contained in Part IV of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended, containing ss. 79 to 106.1 and adopted between 1967 and 1978. The *Act* contains striking analogies with this part of the *Canada Labour Code*, on which the White Paper recognizes at pp. 61, 62 and 279 that it was partly based, as well as on American and British legislation and the legislation of other provinces.

There is no need to analyse the federal legislation in detail, but certain similarities with the *Act* should be noted. In section 81 it imposes on every person operating or carrying on a federal undertaking a duty to do so in a manner that will not endanger the safety or health of any person employed thereupon or in connection therewith, and to adopt procedures and techniques designed or intended to prevent or reduce the risk of employment injury. It imposes on a worker a duty to take necessary precautions to ensure his or her own safety and the safety of his or her fellow employees and to use such devices and wear such articles of clothing or equipment as are intended for his or her protection, which are furnished by the employer or which he or she is required by law to wear. Although the federal act does not contain specific provisions on the protective re-assignment of pregnant women or other workers, it gives a worker in s. 82.1 the right to refuse to work in cases of imminent danger. This right is regulated. Where a refusal continues after an investigation a safety officer appointed by the Minister may, if a danger exists, give directions which are similar to a

également verser annuellement une partie des sommes requises pour l'application de la *Loi* et des règlements pour la formation, l'information et la recherche: art. 249 et 250.

Le chapitre XVI s'intitule «Dispositions transitoires». Il comprend les art. 251 à 335.

Le chapitre XVII s'intitule «Dispositions finales». Il comprend les art. 336 à 338.

Avant de quitter ce sujet et de passer à l'analyse et à la qualification de la *Loi*, il importe de noter que le Parlement avait précédé la Législature du Québec en légiférant sur la santé et la sécurité du travail dans les entreprises fédérales. Il s'agit de la partie IV du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, tel que modifié, comprenant les art. 79 à 106.1 adoptés entre 1967 et 1978. La *Loi* comporte des analogies frappantes avec cette partie du *Code canadien du travail* dont le Livre blanc, aux pp. 61, 62 et 279, reconnaît d'ailleurs s'être partiellement inspiré, en même temps que de la législation américaine, de la législation anglaise et de la législation des autres provinces.

Il n'est pas nécessaire d'analyser en détail la législation fédérale. Mais il y a lieu de noter certaines ressemblances avec la *Loi*. Elle impose par l'art. 81 à celui qui dirige une entreprise fédérale le devoir de le faire de manière à ne pas mettre en danger la sécurité ou la santé de toute personne employée dans le cadre de cette entreprise et celui d'adopter des méthodes et techniques destinées à prévenir ou diminuer le risque de lésion professionnelle. Elle impose au travailleur l'obligation de prendre les précautions nécessaires pour assurer sa propre sécurité et celle de ses collègues ainsi que d'utiliser les dispositifs et de porter les vêtements ou accessoires destinés à sa protection, qui lui sont fournis par l'employeur ou que la loi l'oblige à porter. Quoique la loi fédérale ne comporte pas de dispositions spécifiques relatives au retrait préventif de la femme enceinte ou des autres travailleurs, elle donne au travailleur, à l'art. 82.1, le droit de refuser de travailler en cas de danger imminent. Ce droit est réglementé. Au cas où après enquête le refus est réitéré, un agent de sécurité nommé par le Ministre peut, s'il y a danger, donner des directives qui ressemblent à un

remedial order. The safety officer can do likewise if he or she discovers a danger in the course of an inspection. The inspector's directions may be referred to the Canada Labour Relations Board on appeal. In section 84.1, the federal act empowers the Minister to require the creation of safety and health committees at least half of the members of which shall be persons employed in the undertaking, who do not exercise managerial functions and who have been selected by other workers or by the union. The functions of safety and health committees are similar to those of the health and safety committees established under the *Act*. Finally, in s. 84 the federal act delegates to the Governor in Council extensive regulatory powers over the health and safety of persons employed upon or in connection with a federal undertaking that are comparable to those of the *C.S.S.T.* *Inter alia*, regulations may be made:

84. (1) ...

(a) respecting the structural design and the maintenance of any building or other structure;

(b) respecting the use, operation and maintenance of

(i) boilers and pressure vessels,

(ii) escalators, elevators and other devices for moving passengers or freight,

(iii) equipment for the generation, distribution or use of electricity, and

(iv) gas or oil burning equipment or other heat generating equipment;

(c) respecting the ventilation, lighting and temperature of places of employment and prescribing the minimum amount of space for employees;

(e) respecting the guarding and fencing of machinery, equipment and places;

(f) respecting the handling, transportation, storage, use and disposal of substances or devices dangerous to the safety or health of employees;

(g) prescribing the standards for protective clothing and equipment to be used by employees and the use of, and the responsibility for providing, such clothing and equipment;

avis de correction. Il peut faire de même s'il découvre un danger en cours d'inspection. Les directives de l'inspecteur peuvent être référées en appel au Conseil canadien des relations du travail.

^a À l'article 84.1, la loi fédérale habilite le Ministre à exiger la création de comités d'hygiène et de sécurité dont au moins la moitié des membres doivent travailler à l'entreprise sans toutefois participer à la direction, et avoir été choisis par les autres travailleurs ou par le syndicat. Les fonctions des comités d'hygiène et de sécurité ressemblent à celles des comités de santé et de sécurité constitués en vertu de la *Loi*. Enfin, à l'art. 84, la loi fédérale délègue au gouverneur en conseil, en matière de santé et de sécurité des personnes employées dans le cadre d'une entreprise fédérale, des pouvoirs réglementaires étendus et comparables à ceux de la *C.S.S.T.* Mentionnons par exemple qu'il peut ^d entre autres faire des règlements:

84. (1) ...

(a) concernant le plan de la charpente d'un bâtiment ou autre structure et l'entretien d'un bâtiment ou autre structure;

(b) concernant l'utilisation, la mise en service et l'entretien

(i) des chaudières et récipients soumis à une pression interne,

(ii) des escaliers mécaniques, ascenseurs et autres dispositifs destinés au transport des personnes ou du matériel;

(iii) de l'outillage servant à la production, la distribution ou à l'utilisation de l'électricité, et

(iv) de brûleurs à gaz ou à pétrole ou d'autres appareils générateurs de chaleur;

(c) concernant l'aération, l'éclairage et la température des lieux de travail, et prescrivant l'espace minimum exigé pour les employés;

(e) concernant la surveillance et le clôturage des appareils, de l'outillage et des lieux;

(f) concernant la manipulation, le transport, l'entreposage et l'utilisation et la manière de disposer de substances ou engins compromettant la sécurité ou la santé des employés;

(g) prescrivant les normes applicables aux vêtements et accessoires protecteurs que doivent porter les employés, régissant leur utilisation et précisant qui doit les fournir;

(h) prescribing the age, the health and physical requirements and the qualifications of persons who may be employed in particular occupations;

(j) prescribing mechanical standards for vehicles and equipment;

(l) respecting the reporting and investigation of accidents and dangerous occurrences;

(n) respecting the adoption and implementation of appropriate safety codes;

(o) prescribing first-aid facilities and the provision of first-aid training and the services of first-aid attendants

The *Act* and Part IV of the *Canada Labour Code* are thus similar in letter and spirit. Additionally, the federal act has been substantially revised and made more specific by S.C. 1984, c. 39, and it appears that these amendments are in turn based at least in part on the *Act* and probably on other provincial legislation. Thus, the new s. 79.1, which only describes or codifies earlier law, resembles s. 2 of the *Act*. It provides:

79.1 The purpose of this Part is to prevent accidents and injury to health arising out of, linked with or occurring in the course of employment to which this Part applies.

We may also note the new s. 97(2), providing authority for agreements respecting the use of provincial employees as safety officers for the purposes of the federal act.

Differences certainly exist between the two statutes but, both in letter and spirit, they have much more in common than separating them.

2. *Analysis and Characterization of the Act*

None of the counsel disputed, and I do not think anyone could dispute, that the aim sought by the legislator in the *Act* is, as indicated in s. 2, "the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers". In constitutional terms, however, the ultimate purpose of legislation, in this case the health and

h) prescrivant les conditions d'âge, de santé, d'état physique et de compétence auxquelles doivent satisfaire les personnes susceptibles d'être employées à certains travaux;

j) prescrivant les normes mécaniques applicables aux véhicules et à l'équipement;

l) concernant les rapports et les enquêtes à faire sur les accidents et les situations dangereuses;

n) concernant l'adoption et la mise en application de codes de sécurité appropriés;

o) prescrivant les installations de premiers soins à fournir, la formation à donner en matière de premiers soins et les services à assurer par les préposés aux premiers soins; . . .

C'est donc dire que la *Loi* et la partie IV du *Code canadien du travail* s'apparentent par la lettre et par l'esprit. D'ailleurs, la loi fédérale a été substantiellement remaniée et particularisée par S.C. 1984, chap. 39, et il semble que ces modifications s'inspirent à leur tour, au moins en partie, de la *Loi* et probablement d'autres législations provinciales. Ainsi, le nouvel art. 79.1, qui ne fait que décrire ou codifier le droit antérieur, ressemble à l'art. 2 de la *Loi*. Il prescrit:

79.1 La présente Partie a pour raison d'être de prévenir les accidents et les maladies survenant au cours de l'occupation d'un emploi visé par la présente Partie ou qui en résultent ou y sont liés.

Notons également le nouveau par. 97(2) qui permet des accords prévoyant l'utilisation de fonctionnaires provinciaux à titre d'agents de sécurité pour fins d'application de la loi fédérale.

Certes, les deux lois comportent des différences mais, par l'esprit et la lettre, elles se ressemblent bien plus qu'elles ne diffèrent.

2. *Analyse et qualification de la Loi*

Aucun des procureurs n'a contesté, et personne ne peut contester je pense, que la fin poursuivie par le législateur dans la *Loi* soit, comme le prescrit l'art. 2, «l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs». Mais, au plan constitutionnel, la finalité d'une loi, en l'occurrence, la

safety of the worker, does not suffice to justify the specific means used to attain that purpose. To take an obvious and perhaps simplistic example, a province could not constitutionally, for a health and safety purpose, impose an import tax on products or equipment it thought to be dangerous. Clearly, the constitutionality of the *Act* is not in question here. The only question is as to its application to federal undertakings. However, in entering the field of prevention of accidents in the workplace, as the legislator has the power to do, and in using, as probably could not be avoided in prevention matters, means such as the right of refusal, protective re-assignment, detailed regulations, inspection and remedial orders to “establishments” within the meaning of the *Act*—that is, “all the installations and equipment grouped on one site and organized under the authority of one person or of related persons in view of producing or distributing goods or services . . .”—the legislator could not fail to enter directly and massively into the field of working conditions and labour relations on the one hand and, on the other—though these are two elements of the same reality—into the field of the management and operation of undertakings. In so doing, the legislator precluded itself from aiming at and regulating federal undertakings by the *Act*.

I think it is clear that on its face the *Act* principally treats working conditions, labour relations and the management of an undertaking.

Working Conditions

No statutory definition exists of the phrase “working conditions”. The legislator sometimes uses the phrase with different meanings. Over the years the courts and academic commentators have proposed many and varied definitions, derived from many legislative contexts, none of which do I find necessary nor advisable to adopt. I think it is sufficient for the purposes of this trilogy to define working conditions very generally: working conditions are conditions under which a worker or workers, individually or collectively, provide their services, in accordance with the rights and obligations

santé et la sécurité du travailleur, ne suffit pas à justifier les moyens spécifiques employés pour l’atteindre. Pour prendre un exemple évident et peut-être simpliste, une province ne saurait constitutionnellement, dans un but de santé et de sécurité, frapper d’une taxe d’importation des produits ou des appareils qu’elle jugerait dangereux. Sans doute n’est-il pas question en l’espèce d’inconstitutionnalité de la *Loi*. Seule est contestée son applicabilité à des entreprises fédérales. Mais en entrant dans le champ de la prévention des accidents sur les lieux du travail, comme il est en son pouvoir de le faire, et en utilisant, comme il ne pouvait probablement pas éviter de le faire en matière de prévention, des moyens comme le droit de refus, le retrait préventif, la réglementation détaillée, l’inspection et les avis de correction des «établissements» au sens de la *Loi*—c’est-à-dire «l’ensemble des installations et de l’équipement groupés sur un même site et organisés sous l’autorité d’une même personne ou de personnes liées, en vue de la production ou de la distribution de biens ou de services . . .»—le législateur ne pouvait manquer d’entrer directement et massivement d’une part dans le domaine des conditions de travail et des relations de travail et, d’autre part,—mais ce sont là les deux volets d’une même réalité—dans le domaine de la gestion et des opérations des entreprises. Par le fait même, il s’interdisait de viser et d’atteindre par sa loi les entreprises fédérales.

Il me paraît manifeste en effet qu’à sa face même, la *Loi* vise principalement les conditions de travail, les relations de travail et la gestion de l’entreprise.

Conditions de travail

Il n’existe pas de définition de l’expression «conditions de travail» dans la *Loi*. Le législateur utilise parfois l’expression dans des sens différents. La jurisprudence et la doctrine ont proposé depuis des années un grand nombre de définitions diverses, tirées de contextes législatifs multiples, auxquelles il n’est ni nécessaire ni prudent de s’attacher. Il me paraît suffisant, pour les fins de cette trilogie, de définir très généralement les conditions de travail: il s’agit des conditions en vertu desquelles un travailleur ou des travailleurs, individuellement ou collectivement, effectuent leur prestation de tra-

included in the contract of employment by the consent of the parties or by operation of law, and under which the employer receives those services. Legislation adds minimal statutory conditions to negotiated agreements, as is the case for example with the minimum wage, days off and working hours. The public order status of the *Act* means that its provisions are incorporated into any contract of employment concluded between an employer and a worker. That these provisions are in the nature of working conditions appears most clearly when one considers that it is possible to increase the minimal protection provided by the legislator through union or individual negotiation (s. 4(2) of the *Act*). Additionally, there is nothing to prevent the conditions of the *Act* being incorporated in collective agreements so that they might be subject to the grievance settlement procedure in addition to the remedies provided by the *Act*.

Unlike a workmen's compensation scheme, such as that in question in the *Workmen's Compensation Board* case, the preventive provisions dealing with occupational health and safety fall within the scope of the contract of employment. The essence of legislation the purpose of which is to safeguard the health of workers is that it articulates the terms of the contract of employment, in the same way as does a collective agreement which contains preventive clauses dealing with occupational health and safety. In the case at bar, for example, there is a collective agreement between Bell Canada and the mis en cause union containing a clause on the protective re-assignment of pregnant women, less favourable than that contained in the *Act* and accordingly void if the *Act* is applicable but, if the *Act* is not applicable, the mis en cause worker may take advantage of that clause. Similarly, in *Alltrans* the collective agreement in effect between the parties imposed on the employer an obligation to defray the cost of safety boots incurred by its employees.

It is in the sense defined above that I believe the term "working conditions" in s. 9 of the *Act*, which

vail, conformément à des droits et obligations inclus au contrat de travail par le consentement des parties ou par la loi, et en vertu desquelles l'employeur reçoit cette prestation. Les lois ajoutent des conditions minimales à des conventions négociées, comme c'est le cas par exemple pour le salaire minimum, les jours chômés et les heures de travail. Le statut d'ordre public de la *Loi* emporte que ses dispositions deviennent incorporées à tout contrat de travail intervenu entre un employeur et un travailleur. Le caractère de conditions de travail de telles dispositions apparaît des plus évidents quand on considère qu'il est possible d'accroître la protection minimale consentie par le législateur par le biais de la négociation syndicale ou individuelle (deuxième alinéa de l'art. 4 de la *Loi*). Par surcroît, rien n'interdit d'intégrer les conditions de la *Loi* aux conventions collectives afin de bénéficier de la procédure de règlement de griefs, en sus des recours de la *Loi*.

Contrairement à un régime d'indemnisation de victimes d'accidents du travail, tel que celui qui fut l'objet d'un litige dans la décision *Workmen's Compensation Board*, les dispositions préventives portant sur la santé et la sécurité des travailleurs sont donc du ressort du contrat de travail: il est de l'essence d'une disposition législative ayant pour objet la préservation de la santé des travailleurs de préciser les termes du contrat de travail, tout comme le fait une convention collective qui comporte des clauses préventives portant sur la santé et la sécurité des travailleurs. Ainsi, en l'espèce, y avait-il entre Bell Canada et le Syndicat mis en cause, une convention collective comportant une clause sur le retrait préventif de la femme enceinte, moins favorable à certains égards que celle prévue par la *Loi* et par conséquent nulle si la *Loi* est applicable, mais dont la travailleuse mise en cause s'est effectivement prévaluée et dont elle pouvait se prévaloir si la *Loi* est inapplicable. De même, dans *Alltrans*, la convention collective en vigueur entre les intéressés imposait-elle à l'employeur l'obligation de défrayer le coût des chaussures sécuritaires, encouru par ses employés.

C'est dans le sens défini plus haut qu'il faut je pense entendre l'expression «conditions de travail»

gives a worker his or her chief "general right", must be understood. Section 9 states:

9. Every worker has a right to working conditions that have proper regard for his health, safety and physical well-being. [Emphasis added.]

However, the legislator uses the phrase in a different sense in s. 40 of the *Act* in relation to the re-assignment of pregnant women. Here the phrase "working conditions [which] may be physically dangerous" actually refers to "work environment". Nevertheless what in ss. 40 and 41 in fact is a working condition in the sense of the definition given above is the right itself of the pregnant worker to a new assignment or to re-assignment accompanied by the advantages and benefits attached thereto by the *Act*.

Analysis of the *Act*, and in particular ss. 2 to 57, indicates that in order to carry out its purpose, the *Act* regulates the respective rights and obligations of workers and employers under the contract of employment.

Section 2, which in its first paragraph states that the purpose of the *Act* is preventive, namely "the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers", may in a sense be regarded as stating a negative purpose. This entails, for example, the prevention of job-related accidents. But the positive side of this purpose and the means of attaining it are designed to ensure that workers have working conditions that will not impair their health, safety and physical well-being. That is, stated as a single proposition, the philosophy underlying the entire *Act*.

I have already referred to s. 4, which allows the parties to provide by agreement for more advantageous conditions than those in the *Act* and which does not prohibit incorporating the provisions of the *Act* in collective agreements to be included among those terms of the agreement subject to the grievance settlement procedure.

I have cited s. 9, which deals expressly with working conditions.

Sections 12 to 31, on the right of refusal, allow workers, subject to the conditions stated therein, to

de l'art. 9 de la *Loi* qui confère au travailleur son «droit général» principal:

9. Le travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique. [Je souligne.]

Par ailleurs, c'est dans un sens différent que le législateur utilise l'expression à l'art. 40 de la *Loi*, relatif au retrait préventif de la femme enceinte. L'expression «conditions de travail [qui] comportent des dangers physiques» y signifie plutôt «milieu du travail». Ce qui, dans l'art. 40 et l'art. 41, est vraiment une condition de travail au sens de la définition donnée plus haut, c'est le droit de la travailleuse enceinte à une nouvelle affectation ou au retrait préventif assorti des avantages et bénéfices que la *Loi* y attache.

L'analyse de la *Loi*, et particulièrement de ses art. 2 à 57, révèle que, pour atteindre son objet, elle réglemente les droits et obligations respectifs des travailleurs et des employeurs dans le cadre du contrat de travail.

L'article 2 qui, à son premier alinéa, énonce l'objectif de la *Loi* comme un objectif de prévention, savoir «l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs», peut être considéré en un sens comme énonçant un objectif négatif. Il s'agit par exemple de prévenir les accidents du travail. Mais l'envers positif de cet objectif et le moyen de l'atteindre, c'est d'assurer au travailleur des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique. Telle est, en une proposition, la philosophie qui inspire toute la *Loi*.

J'ai déjà référé à l'art. 4 qui permet de stipuler conventionnellement des conditions plus avantageuses que celles de la *Loi* et qui n'interdit pas d'incorporer les dispositions de la *Loi* aux conventions collectives pour les sanctionner par la procédure de règlement des griefs.

J'ai cité l'art. 9 qui porte expressément sur les conditions de travail.

Quant aux art. 12 à 31, relatifs au droit de refus, ils permettent au travailleur, sous réserve

refuse to execute their primary obligation, to provide their services, the *Act* thereby intervening at the heart of the contract of employment between the worker and the employer.

Given that, under s. 14 of the *Act*, workers are deemed to be at work when they exercise the right of refusal, they are entitled to their wages, as are the other workers put out of work by that refusal: s. 28. It is true they must always remain available and may be assigned temporarily to other duties. However, such a temporary assignment, which I note in passing affects the right of management, is no more than a different form of service. As for the wages, they are, from the standpoint of the employer, the essential counterpart of the services.

Sections 32 to 48, on the protective re-assignment of workers exposed to a contaminant which entails danger to them and the re-assignment of pregnant workers and breast-feeding workers, give those affected the right to request assignment to other duties, which is of the very essence of the contract of employment and is clearly a working condition. They also confer the right to refuse to provide services until the assignment has been given or the danger has ceased, or until the pregnancy or breast-feeding is at an end.

In the case of a protective re-assignment or protective re-assignment of a pregnant woman, the workers are still entitled under ss. 36 and 42 to five days' wages although they have ceased to work. They are also entitled to benefits amounting to about 90 percent of their wages. These benefits are paid to them by the *C.S.S.T.* from funds contributed by employers. They also retain the benefits connected with the employment—ss. 39 and 43—and are entitled to be eventually returned to their regular jobs: ss. 38 and 43.

Whatever definition is accepted of "working conditions", it seems inconceivable to me that it should not include a worker's obligation to provide his or her services and the employer's obligation to pay his or her wages. Specifically, the rights of refusal, protective re-assignment and re-assign-

des conditions qu'ils prescrivent, de refuser sa prestation essentielle, la prestation de travail, intervenant par là au cœur du contrat de travail qui lie le travailleur et l'employeur.

^a Par ailleurs, suivant l'art. 14 de la *Loi*, le travailleur étant réputé être au travail lorsqu'il exerce le droit de refus, il a droit à son salaire de même que les autres travailleurs privés de travail par son refus: art. 28. Il est vrai qu'ils doivent tous demeurer disponibles et qu'ils peuvent être affectés temporairement à d'autres tâches. Mais cette affectation temporaire qui, soit dit en passant, touche au droit de gestion, n'est qu'une forme différente de la prestation de travail. Quant au salaire, il est, du point de vue de l'employeur, la contrepartie essentielle de la prestation de travail.

^d Les articles 32 à 48, relatifs au retrait préventif du travailleur exposé à un contaminant qui comporte pour lui des dangers et au retrait préventif de la travailleuse enceinte et de la travailleuse qui allaite, confèrent d'abord aux intéressés le droit de demander l'affectation à d'autres tâches, qui est de l'essence même du contrat de travail et qui constitue clairement une condition de travail. Ils confèrent également le droit de refuser la prestation de travail jusqu'à ce que l'affectation ait été accordée ou que le danger ait cessé, ou que la grossesse ou l'allaitement soient terminés.

^g Dans le cas du retrait préventif et du retrait préventif de la femme enceinte, le travailleur ou la travailleuse enceinte ont quand même droit, en vertu des art. 36 et 42, à cinq jours de salaire quoiqu'ils aient cessé de travailler. Ils ont aussi droit à des prestations équivalant à environ 90 p. 100 de leur salaire. Ces prestations leur sont versées par la *C.S.S.T.* à même des fonds auxquels les employeurs contribuent. En outre, ils conservent les avantages liés à l'emploi—art. 39 et 43—et ont le droit d'être éventuellement réintégrés à leur emploi régulier: art. 38 et 43.

^j Quelle que soit la définition que l'on accepte des «conditions de travail», il me paraît impensable qu'elle ne comprenne pas l'obligation pour le travailleur de fournir sa prestation de travail et celle pour l'employeur de lui payer son salaire. Or précisément, le droit de refus, le retrait préventif ainsi

ment of pregnant women, cardinal rights conferred on the worker by the *Act*, authorize workers to withhold their services.

If the right to refuse to work, the continuation of the right to wages and other benefits, availability, assignment to other duties and the right to return to the employment at the end of the assignment or cessation of work are not working conditions, I do not know what is. The fact that the purpose of these rights is to protect workers' health and safety does not change the nature of these conditions.

It may be noted that the right of refusal is not, except in particular details, an innovation of the *Act*. It had already been recognized by arbitrators and the courts: "Difficultés d'application de la Loi sur la santé et la sécurité du travail", by Daniel Rochefort, in *Les aspects juridiques de la santé et de la sécurité au travail* (1982), Formation permanente du Barreau du Québec, cours 64, at pp. 30-32.

Sections 49 and 51, on the obligations of workers and the obligations of the employer, contain a number of provisions commonly found in collective agreements, where they are also regarded as working conditions.

Monet J.A. in the Court of Appeal, as well as appellants and the Attorney General of Quebec, concluded that the *Act* does not relate to working conditions in the traditional sense, or at least not working conditions within the meaning of the *Labour Code* or the *Act respecting labour standards* ("A.L.S."), which, I note in passing, replaced the old *Minimum Wage Act*, R.S.Q. 1977, c. S-1. In their view only the conditions regulated by these two Acts are true working conditions. Yet this is an argument which works against their position.

Section 40 of the *Act* is not the only provision which sets forth the right of a pregnant woman to re-assignment. The *A.L.S.* provides for a similar right:

que le retrait préventif de la femme enceinte, droits cardinaux conférés au travailleur par la *Loi*, autorisent le travailleur à ne pas fournir sa prestation de travail.

^a Si le droit de refuser la prestation de travail, la continuation du droit au salaire et aux autres avantages, la disponibilité, l'affectation à d'autres tâches et le droit de réintégrer son emploi à la fin de l'affectation ou de la cessation de travail ne constituent pas des conditions de travail, je ne vois pas ce qui pourrait bien en constituer. Le fait que ces droits aient pour but de protéger la santé et la sécurité des travailleurs ne change pas la nature de ces conditions.

Mentionnons que le droit de refus n'est pas, sauf dans ses modalités particulières, une innovation de la *Loi*. Les arbitres de griefs et la jurisprudence ^d l'avaient déjà reconnu: «Difficultés d'application de la Loi sur la santé et la sécurité du travail», par Daniel Rochefort, dans *Les aspects juridiques de la santé et de la sécurité au travail* (1982), Formation permanente du Barreau du Québec, cours ^e 64, aux pp. 30 à 32.

Quant aux art. 49 et 51, relatifs aux obligations des travailleurs et aux obligations de l'employeur, ils renferment nombre de dispositions que l'on ^f retrouve couramment dans les conventions collectives où elles sont là aussi considérées comme des conditions de travail.

Le juge Monet en Cour d'appel de même que les ^g appelantes et le procureur général du Québec soutiennent que la *Loi* ne porte pas sur les conditions de travail au sens traditionnel du terme, ou du moins pas sur les conditions de travail au sens du *Code du travail* ou de la *Loi sur les normes du travail* («L.N.T.») laquelle, incidemment, remplace ^h l'ancienne *Loi sur le salaire minimum*, L.R.Q. 1977, chap. S-1. Selon eux, seules les conditions réglementées par ces deux lois seraient de véritables conditions de travail. Or c'est là un argument ⁱ qui se retourne contre leur position.

L'article 40 de la *Loi* n'est pas la seule disposition qui énonce le droit au retrait préventif de la femme enceinte. La *L.N.T.* prévoit semblable ^j droit:

122. ...

An employer must of his own initiative transfer a pregnant employee if her conditions of employment are physically dangerous to her or her unborn child. The employee may refuse the transfer by presenting a medical certificate attesting that her conditions of employment are not dangerous as alleged.

The connection between "condition of employment" and the right to re-assignment is plain. Section 94 of the *A.L.S.* states:

94. Notwithstanding section 93, an agreement or a decree may grant an employee a more advantageous condition of employment than required in a standard prescribed by this act or the regulations. [Emphasis added.]

The presence of the right of protective re-assignment in the *A.L.S.* and in the *Act* is significant in many respects. Counsel for the *C.S.S.T.* argued that the "health" purpose distinguishes the *Act* from the *A.L.S.* and the *Labour Code*. A close reading of the *A.L.S.* indicates that many of the standards it contains are designed to protect the health of workers. This is true of provisions prescribing the maximum number of working hours, a minimum weekly rest period, the right to maternity leave and so on:

52. For the purposes of computing overtime, the regular workweek is forty-four hours except in the cases where it is fixed by regulation of the Government.

78. Subject to the application of paragraph 12 of section 39 or of section 53, an employee is entitled to a weekly minimum rest period of twenty-four consecutive hours.

79. Unless otherwise provided in a collective agreement or a decree, the employer must grant to an employee a rest period of thirty minutes, without pay, for meals, for a period of five consecutive hours of work.

89. The Government, by regulation, may fix labour standards respecting the following matters:

(6) the right to a maternity leave and, as the case may be, the indemnity attached to such leave, the terms and conditions of application, the duration and distribution of such leave and, generally, the rights and benefits granted to a pregnant employee where she is or is deemed to be at work;

122. ...

Un employeur doit, de son propre chef, déplacer une salariée enceinte si les conditions de travail de cette dernière comportent des dangers physiques pour elle ou pour l'enfant à naître. La salariée peut refuser ce déplacement sur présentation d'un certificat médical attestant que ces conditions de travail ne présentent pas les dangers allégués.

La qualification de «condition de travail» du droit au retrait préventif ne saurait faire de doute. L'article 94 de la *L.N.T.* énonce:

94. Malgré l'article 93, une convention ou un décret peut avoir pour effet d'accorder à un salarié une condition de travail plus avantageuse qu'une norme prévue par la présente loi ou les règlements. [Je souligne.]

La présence du droit au retrait préventif tant dans la *L.N.T.* que dans la *Loi* est révélatrice à bien des égards. Le procureur de la *C.S.S.T.* soutient que l'objectif de la «santé» distingue la *Loi* de la *L.N.T.* et du *Code du travail*. Un examen attentif de la *L.N.T.* démontre que plusieurs des normes qui y sont énoncées ont pour objectif la santé des travailleurs. Il en va ainsi des dispositions qui prescrivent un nombre maximal d'heures de travail, une période minimale de repos hebdomadaire, le droit à un congé de maternité, etc.:

52. Aux fins du calcul des heures supplémentaires, la semaine normale de travail est de quarante-quatre heures, sauf dans les cas où elle est fixée par règlement du gouvernement.

78. Sous réserve de l'application du paragraphe 12° de l'article 39 ou de l'article 53, un salarié a droit à un repos hebdomadaire d'une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives.

79. Sauf une disposition contraire d'une convention collective ou d'un décret, l'employeur doit accorder au salarié, pour le repas, une période de trente minutes sans salaire au-delà d'une période de travail de cinq heures consécutives.

89. Le gouvernement peut fixer, par règlement, des normes du travail portant sur les matières suivantes:

6° le droit à un congé de maternité et, le cas échéant, l'indemnité afférente à ce congé, les modalités d'application, la durée et la répartition de ce congé et, de façon générale, les droits et avantages accordés à une salariée enceinte lorsqu'elle est au travail ou réputée l'être;

(8) tools, showers, cloakrooms and rest areas. [Emphasis added.]

Sections 15 to 35 of the *Regulation respecting labour standards*, R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r. 3, adopted pursuant to s. 89(6) of the *A.L.S.*, provide that the length of maternity leave may vary in accordance with the risk of miscarriage or danger to the health of the mother or unborn child. The return to work is also dependent on the mother's health.

No valid distinction can be made on these points between the *A.L.S.* and the *Act*. These two statutes prescribe standards of safety which are all concerned with the worker's well-being. In the context of international law, the academic author Éric David notes the interrelationship of these standards:

[TRANSLATION] The right to health is also the right of an individual not to have his or her health threatened by the exploitation of his or her services. In fact, an individual's health is threatened when he or she is required to work for starvation wages whatever the conditions. Accordingly, any standard intended to protect workers against the excesses of such exploitation is part of the right to health even though it may be of a social rather than "medical" nature. This is true of standards prohibiting forced labour, the employment of children under an age fixed by law and of young people in work likely to adversely affect their health; the same is also true of standards which recognize the "right to a fair and adequate wage", the right to social security, "the right to rest and recreation . . . and a reasonable limitation on the length of work and periodic leave", and so on.

(Éric David, "Le droit à la santé comme droit de la personne humaine" (1985), 2 *R.Q.D.I.* 63, at pp. 73-74.)

The *A.L.S.* and the *Act* have other similar provisions. In addition to the right to re-assignment of a pregnant worker common to both statutes, the *Act*, like the *A.L.S.*, prohibits an employer from having work performed by a worker beyond the daily or weekly maximum number of hours fixed by regulation or by a worker who has not attained the prescribed minimum age (ss. 53(2), 223(11) and (12) of the *Act*). Though the purpose of such a measure is to ensure the health and safety of workers, this Court has held on several occasions

8° les outils, les douches, les vestiaires et les lieux de repos. [Je souligne.]

Les articles 15 à 35 du *Règlement sur les normes du travail*, R.R.Q. 1981, chap. N-1.1, r. 3, adoptés en vertu du par. 89(6) de la *L.N.T.* prévoient que la durée du congé de maternité peut varier en fonction du danger de fausse couche ou du danger pour la santé de la mère ou de l'enfant à naître. Le retour au travail est également subordonné à la santé de la mère.

Il ne peut, sur ces sujets, être fait de distinction utile entre la *L.N.T.* et la *Loi*. Ces deux lois prescrivent des normes de sécurité qui ont toutes trait au bien-être du travailleur. L'universitaire Éric David souligne dans le contexte du droit international la parenté de ces normes:

Le droit à la santé, c'est aussi le droit des individus de ne pas voir leur santé mise en péril à la suite de l'exploitation de leur force de travail. De fait, la santé d'un individu est menacée lorsqu'il est contraint de travailler pour un salaire de famine dans n'importe quelle condition. Dès lors, toute norme destinée à protéger les travailleurs contre les excès de cette exploitation relève du droit à la santé même si elle est de caractère plutôt social que «médical». Ainsi en va-t-il des normes qui interdisent le travail forcé, le travail des enfants au-dessous d'un âge fixé par la loi et celui des adolescents à des travaux de nature à compromettre leur santé; ainsi en va-t-il également des normes qui reconnaissent le «droit à une rémunération équitable et satisfaisante», le droit à la sécurité sociale, «le droit au repos et aux loisirs [. . .] et à une limitation raisonnable de la durée de travail et des congés périodiques», etc.

(Éric David, «Le droit à la santé comme droit de la personne humaine» (1985), 2 *R.Q.D.I.* 63, aux pp. 73 et 74.)

La *L.N.T.* et la *Loi* présentent d'autres dispositions analogues. Outre le droit au retrait préventif de la travailleuse enceinte qui est commun à ces deux lois, la *Loi* interdit à un employeur, à l'instar de la *L.N.T.*, de faire exécuter un travail par un travailleur au-delà de la durée maximale quotidienne ou hebdomadaire fixée par règlement ou par un travailleur n'ayant pas atteint l'âge minimal prescrit (par. 53(2), 223(11) et (12) de la *Loi*). Quoique de telles mesures aient comme objectif la santé et la sécurité des travailleurs, il a

that legislation on working hours is within the exclusive jurisdiction of the federal Parliament in that it deals with "working conditions" (*Postal Service Case 1948; Bell Canada 1966*). No valid distinction can be made between the minimum age required to work, the daily or weekly maximum number of hours of work and the right to protective re-assignment, especially as these standards are all contained in the *Act*, "the object of [which] is the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers" (s. 2).

In all these cases, the purpose of the legislation—the worker's health and safety—cannot be distinguished from the means, working conditions, by which the purpose is achieved. It is also significant that it is the Minister of Labour who is responsible for administering the *Act*, as opposed to the Minister of Health and Social Services, who is responsible for "the application of the Acts and regulations respecting health and social services" (see s. 336 of the *Act*, s. 1 of the *Act respecting the Ministère de la Santé et des Services sociaux*, R.S.Q., c. M-19.2, Decree 1237-81, May 1, 1981, (1981) 113 G.O. II 2155, and Decree 2646-85, December 13, 1985, (1986) 118 G.O. II 169).

Counsel for the C.S.S.T. further argued that the worker's rights to health and safety are fundamental rights rather than working conditions. To begin with, it should be noted that the scope of s. 46 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, which provides that "Every person who works has a right, in accordance with the law, to fair and reasonable conditions of employment which have proper regard for his health, safety and physical well-being" (emphasis added), is still subject, as the Quebec legislator himself has noted, to the constitutional division of powers:

55. The Charter affects those matters that come under the legislative authority of Québec.

The principle according to which a province, just like Parliament for that matter, cannot legislate in relation to fundamental rights except in fields falling within its legislative jurisdiction has

été décidé par cette Cour que la législation sur les heures de travail est, pour le secteur fédéral, du ressort exclusif du Parlement fédéral en ce qu'elle porte sur des «conditions de travail» (*Affaire du service postal 1948; Bell Canada 1966*). On ne peut valablement distinguer entre l'âge minimal requis pour travailler, la durée maximale quotidienne et hebdomadaire du travail et le droit au retrait préventif, d'autant plus que ces normes apparaissent toutes dans la *Loi*, qui «a pour objet l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs» (art. 2).

Dans tous ces cas, il est impossible de dissocier la fin poursuivie—la santé et la sécurité du travailleur—du caractère de condition de travail qu'elle revêt. Il est aussi significatif que ce soit le ministre du Travail qui se charge de l'application de la *Loi*, par opposition au ministre de la Santé et des Services sociaux à qui il incombe pourtant de veiller à «l'application des lois et des règlements relatifs à la santé et aux services sociaux» (voir l'art. 336 de la *Loi*, l'art. 1 de la *Loi sur le ministère de la santé et des services sociaux*, L.R.Q., chap. M-19.2, le Décret 1237-81, 1^{er} mai 1981, (1981) 113 G.O. II 2155, et le Décret 2646-85, 13 décembre 1985, (1986) 118 G.O. II 169).

Le procureur de la C.S.S.T. plaide de façon additionnelle que les droits du travailleur à la santé et à la sécurité sont des droits fondamentaux plutôt que des conditions de travail. Dans un premier temps, il faut noter que la portée de l'art. 46 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec qui stipule que «Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique» (je souligne) n'en reste pas moins assujettie, comme le rappelle le législateur québécois lui-même, au partage des compétences:

55. La Charte vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec.

Le principe voulant qu'une province, tout comme le Parlement d'ailleurs, ne puisse légiférer en matière de droits fondamentaux qu'en ce qui a trait à sa compétence législative trouve aussi écho

also been confirmed in decisions of this Court. In *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, the majority of the Court stated the following at p. 233:

“Human rights” without more is itself not such a free-standing program in the sense that not all such rights, and not all means by which such rights may be protected, fall in pith and substance within one of the heads of power in s. 92. Rather, provincial legislation protecting aspects of human rights may find constitutional validity only to the extent that it is, outside of its association with human dignity or liberty, independently valid under s. 92. [Emphasis added.]

What is perhaps the best argument against the submission of counsel for the *C.S.S.T.* on this point comes from the very wording of the international documents which are the basis of contemporary legislation on occupational health and safety. The Preamble to the *Constitution of the International Labour Organisation*, 15 U.N.T.S. 40, and Article 7 of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 4, make it clear that the health of workers is part of their working conditions:

PREAMBLE

Whereas universal and lasting peace can be established only if it is based upon social justice;

And whereas conditions of labour exist involving such injustice, hardship and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperilled; and an improvement of those conditions is urgently required: as, for example, by the regulation of the hours of work, including the establishment of a maximum working day and week, the regulation of the labour supply, the prevention of unemployment, the provision of an adequate living wage, the protection of the worker against sickness, disease and injury arising out of his employment, the protection of children, young persons and women, provision for old age and injury, protection of the interests of workers when employed in countries other than their own, recognition of the principle of equal remuneration for work of equal value, recognition of the principle of freedom of association, the organisation of vocational and technical education and other measures;

dans la jurisprudence de cette Cour. Dans *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, la majorité de cette Cour s'est exprimée ainsi à la p. 233:

^a L'expression «droits de la personne» sans plus ne constitue pas en soi un programme isolé en ce sens que ce ne sont pas tous ces droits et pas tous les moyens par lesquels ces droits peuvent être protégés qui, de par leur caractère véritable, relèvent de l'un des chefs de compétence énumérés à l'art. 92. Plutôt, la loi provinciale qui protège des aspects des droits de la personne ne peut être valide constitutionnellement que dans la mesure où elle est, outre son rapport avec la dignité ou la liberté de l'être humain, valide de manière indépendante en vertu de l'art. 92. [Je souligne.]

Le meilleur argument qui s'oppose à la prétention du procureur de la *C.S.S.T.* sur ce point provient peut-être du texte même des documents internationaux qui ont inspiré la législation contemporaine en matière de santé et de sécurité du travail. Le Préambule de la *Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, 15 R.T.N.U. 41, et l'art. 7 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 13, font clairement ressortir que la santé des travailleurs s'inscrit dans le cadre de leurs conditions de travail:

PRÉAMBULE

Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale;

^b *Attendu* qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions: par exemple, en ce qui concerne la réglementation des heures de travail, la fixation d'une durée maximum de la journée et de la semaine de travail, le recrutement de la main-d'œuvre, la lutte contre le chômage, la garantie d'un salaire assurant des conditions d'existence convenables, la protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail, la protection des enfants, des adolescents et des femmes, les pensions de vieillesse et d'invalidité, la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger, l'affirmation du principe «à travail égal, salaire égal», l'affirmation du principe de la liberté syndicale, l'organisation de l'enseignement professionnel et technique et autres mesures analogues;

Whereas also the failure of any nation to adopt human conditions of labour is an obstacle in the way of other nations which desire to improve the conditions in their own countries;

The High Contracting Parties, moved by sentiments of justice and humanity as well as by the desire to secure the permanent peace of the world, and with a view to attaining the objectives set forth in this Preamble, agree to the following Constitution of the International Labour Organisation: [Emphasis added.]

(Preamble of *I.L.O. Constitution*.)

Article 7

The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular:

(a) remuneration which provides all workers, as a minimum, with:

(i) fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work;

(ii) a decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant;

(b) safe and healthy working conditions;

(c) equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence;

(d) rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well as remuneration for public holidays. [Emphasis added.]

(Article 7 of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*.)

I am therefore of the view that this argument based on fundamental rights must fail. It is worthy of mention that many courts of appeal across the country have decided that provisions of provincial human rights charters which prohibit discrimination in labour relations do not apply to federal undertakings (*Re Forest Industries Flying Tankers Ltd. and Kellough* (1980), 108 D.L.R. (3d) 686 (B.C.C.A.); *Re Canadian Pacific Ltd. and*

Attendu que la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays;

a Les Hautes Parties Contractantes, mues par des sentiments de justice et d'humanité aussi bien que par le désir d'assurer une paix mondiale durable, et en vue d'atteindre les buts énoncés dans ce préambule, approuvent la présente Constitution de l'Organisation internationale du Travail: [Je souligne.]

(Préambule de la *Constitution de l'O.I.T.*)

Article 7

c Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment:

d a) La rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs:

i) Un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune; en particulier, les femmes doivent avoir la garantie que les conditions de travail qui leur sont accordées ne sont pas inférieures à celles dont bénéficient les hommes et recevoir la même rémunération qu'eux pour un même travail;

ii) Une existence décente pour eux et leur famille conformément aux dispositions du présent Pacte;

b) La sécurité et l'hygiène du travail;

c) La même possibilité pour tous d'être promus, dans leur travail, à la catégorie supérieure appropriée, sans autre considération que la durée des services accomplis et les aptitudes;

d) Le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés. [Je souligne.]

h (Article 7 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.)

i Je suis donc d'avis que cet argument fondé sur les droits fondamentaux doit échouer. Il n'est pas dénué d'intérêt de rappeler que les cours d'appel du pays ont aussi décidé que les dispositions des chartes provinciales qui interdisent la discrimination en matière de droit du travail ne s'appliquent pas aux entreprises fédérales (*Re Forest Industries Flying Tankers Ltd. and Kellough* (1980), 108 D.L.R. (3d) 686 (C.A.C.-B.); *Re Canadian*

Attorney-General of Alberta (1980), 108 D.L.R. (3d) 738 (Alta. C.A.) and *Canadian Human Rights Commission v. Haynes* (1983), 46 N.R. 381 (F.C.A.)

Labour Relations

The right of refusal, protective re-assignment and the re-assignment of pregnant women and breast-feeding workers are specific rights of workers corresponding to correlative obligations of employers regarding remedial action, assignment, payment of wages and other benefits. I have tried to show that these rights and obligations are working conditions. However, because of this correlation, they also represent labour relations between workers and employers. The same observation is true of the general rights and obligations of workers under the *Act*.

The general rights conferred on the worker are rights which he or she may assert chiefly against the employer. This can readily be seen when one considers the general obligations of the employer, set out in s. 51. I will return to this below.

In addition, the worker's obligations, set out in s. 49, are obligations which are undoubtedly in part imposed on him or her in respect of his or her fellow-workers, but chiefly in respect of the employer. For example, the obligation to take measures to protect his or her health, safety or physical well-being is not legally an obligation the worker owes to himself or herself, but primarily an obligation owed to the employer, who cannot protect the employee's health and safety without his or her co-operation. If a worker withholds this, he or she may be liable to disciplinary measures which may result in a dispute and arbitration: this is a typical problem of labour relations.

I now return to the general obligations imposed on the employer by s. 51. They can to some extent be regarded as obligations owed to the state, especially as in addition they are also, like the *Act* as a whole, accompanied by penal sanctions contained in Chapter XIV, but the *Act* imposes these general obligations specifically for the benefit of the

Pacific Ltd. and Attorney-General of Alberta (1980), 108 D.L.R. (3d) 738 (C.A. Alta.) et *Canadian Human Rights Commission v. Haynes* (1983), 46 N.R. 381 (C.A.F.)

Relations de travail

Le droit de refus, le retrait préventif et le retrait préventif de la femme enceinte et de la travailleuse qui allaite sont des droits particuliers des travailleurs auxquels correspondent des obligations corrélatives des employeurs en matière de correction, d'affectation, de paiement de salaire et d'autres avantages. J'ai tenté de démontrer que ces droits et ces obligations sont des conditions de travail. Mais, à cause de cette corrélation, il s'agit également de relations de travail entre travailleurs et employeurs. La même observation vaut pour les droits et obligations généraux des travailleurs en vertu de la *Loi*.

Les droits généraux conférés au travailleur sont des droits qu'il peut faire valoir principalement contre l'employeur. On s'en rend surtout compte lorsque l'on considère les obligations générales de l'employeur, énumérées à l'art. 51. J'y reviens.

Par ailleurs les obligations du travailleur, énumérées à l'art. 49, sont des obligations qui lui sont imposées pour partie, sans doute, vis-à-vis de ses compagnons de travail, mais surtout vis-à-vis de l'employeur. Par exemple, l'obligation de prendre les mesures pour protéger sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique n'est pas juridiquement une obligation qu'il a vis-à-vis de lui-même mais d'abord une obligation vis-à-vis de l'employeur qui ne peut sans collaboration assurer la santé et la sécurité de son employé. Si le travailleur y manque, il s'expose à des mesures disciplinaires qui pourront donner lieu à un différend et à un arbitrage; c'est là un problème typique de relations de travail.

Je reviens aux obligations générales imposées à l'employeur par l'art. 51. On peut en un certain sens les considérer comme des obligations vis-à-vis de l'État d'autant plus que, de façon additionnelle, elles sont aussi, comme l'ensemble de la *Loi*, assorties de sanctions pénales prévues au chapitre XIV; mais la *Loi* les impose spécifiquement vis-à-vis du

worker who is named expressly in most of the paragraphs of this section.

There is accordingly a general correlation between the rights and obligations of the worker and the employer, which leads me to the conclusion that these provisions deal with labour relations.

I therefore do not think that the *Act* is intended to protect the health and safety of people in the province in general. It governs relations between worker and employer as such, in the workplace or in the course of employment, subject to a contract of employment which may add to the minimum requirements of the *Act*, and relates to a key field of labour relations, that of the worker's health and safety.

This "labour relations" aspect is illustrated by the statutory definition of a worker in s. 1: the exceptions contained in this definition are taken from the *Labour Code* and their consequence is that the supervisory or managerial personnel of an undertaking do not benefit from the protection of the *Act* except, under s. 11, the right to protective re-assignment and the right to re-assignment of a pregnant woman. This is a typical hierarchical distinction of labour relations.

Moreover, most of the expressions defined in s. 1 are specific to the field of labour relations and several of them to the labour relations falling within the exclusive legislative jurisdiction of the Quebec Legislature, as opposed to the labour relations of federal undertakings. This is true of the following expressions:

"certified association" means a certified association within the meaning of the Labour Code (R.S.Q. c. C-27);

"employers' association" means a group organization of employers ... having as its objects ... assistance in the negotiation and application of collective agreements;

"union association" means a group of workers ... having as its objects ... the negotiation and application of collective agreements;

"labour commissioner" means a labour commissioner within the meaning of the Labour Code;

travailleur qu'elle nomme expressément à la plupart des alinéas de cet article.

Il y a donc une corrélation générale entre les droits et les obligations du travailleur et de l'employeur, ce qui me fait dire que ces dispositions portent sur les relations de travail.

Je ne pense donc pas que la *Loi* vise à protéger la santé et la sécurité des personnes en général dans la province. Elle régit les relations entre travailleur et employeur en tant que telles, sur les lieux du travail ou à l'occasion du travail et dans les cadres d'un contrat de travail qui peut ajouter aux exigences minimales de la *Loi*, et à propos d'un domaine-clef des relations de travail, celui de la santé et de la sécurité du travailleur.

Cette dimension «relation du travail» est mise en évidence par la définition du travailleur à l'art. 1: les exceptions que cette définition comporte sont tirées du *Code du travail* et ont pour conséquence que le personnel de direction ou les cadres de l'entreprise ne bénéficient pas de la protection de la *Loi* sauf, en vertu de l'art. 11, le droit au retrait préventif et le droit au retrait préventif de la femme enceinte. C'est là une distinction hiérarchique typique des relations de travail.

D'ailleurs, la plupart des expressions définies à l'art. 1 sont propres au domaine des relations de travail et plusieurs d'entre elles sont propres aux relations de travail qui relèvent de la compétence législative exclusive de la Législature du Québec par opposition aux relations de travail des entreprises fédérales. Ainsi en est-il des expressions suivantes:

«association accréditée»: une association accréditée au sens du Code du travail (L.R.Q. c. C-27);

«association d'employeurs»: un groupement d'employeurs [...] ayant pour buts [...] l'assistance dans la négociation et l'application de conventions collectives;

«association syndicale»: un groupement de travailleurs [...] ayant pour buts [...] la négociation et l'application de conventions collectives;

«commissaire du travail»: un commissaire du travail au sens du Code du travail;

“labour commissioner-general” means the labour commissioner-general within the meaning of the Labour Code;

“agreement” means . . . a collective agreement within the meaning of paragraph d of section 1 of the Labour Code . . . or another agreement relating to working conditions . . .;

“employer”;

“establishment”;

“workplace”;

“worker”.

Some of these expressions even seem to be squarely in conflict with the application of the *Act* to federal undertakings. Thus, the “certified association” mentioned in provisions such as ss. 69, 72 and 90 of the *Act* is a certified association within the meaning of the *Labour Code*. Such associations do not exist in federal undertakings, where unions are certified by the Canada Labour Relations Board.

In my opinion, the first fifty-seven sections of the *Act* manifestly deal with working conditions and labour relations. The same is largely true either directly or incidentally of a number of subsequent provisions, such as those contained in Chapter X, entitled “Inspection”, and Chapter XII, entitled “Regulations”. However, I will consider these provisions mainly from the point of view of the effect of the *Act* on the management and operation of the undertaking, which are also directly affected by the provisions in the first three chapters.

Management of Undertaking

The *Act* aims at and regulates the management and operations of an undertaking under its jurisdiction in two ways. The first is partial but important nevertheless. It results from the fact that the *Act* creates a system of partial co-management of the undertaking by the workers and the employer. The second way is much more comprehensive. It results from the fact that, while the health and safety of workers are the objectives of the *Act*, it is addressed primarily to the manager of an undertaking as such to attain these objectives, for the simple reason that it is the manager who has

«commissaire général du travail»: le commissaire général du travail au sens du Code du travail;

«convention»: . . . une convention collective au sens du paragraphe d de l'article 1 du Code du travail [. . .] ou une autre entente relative à des conditions de travail . . .;

«employeur»;

«établissement»;

«lieu de travail»;

«travailleurs».

Certaines de ces expressions paraissent même carrément incompatibles avec l'application de la *Loi* aux entreprises fédérales. Ainsi, l'«association accréditée» dont il est question dans des dispositions comme l'art. 69, l'art. 72 et l'art. 90 de la *Loi* est une association accréditée au sens du *Code du travail*. Or il n'existe pas de telles associations dans des entreprises fédérales où les syndicats sont accrédités par le Conseil canadien des relations du travail.

À mon avis, les cinquante-sept premiers articles de la *Loi* portent manifestement sur les conditions et les relations de travail. Il en va de même en bonne partie soit directement, soit à titre incident, pour nombre de dispositions subséquentes telles celles que l'on trouve dans le chapitre X intitulé «Inspection» et le chapitre XII intitulé «Règlements». Mais j'en traiterai surtout au point de vue de l'effet de la *Loi* sur la gestion et les opérations de l'entreprise, qui cependant sont aussi directement atteintes par les dispositions des trois premiers chapitres.

Gestion de l'entreprise

C'est de deux façons que la *Loi* vise et atteint la gestion et les opérations de l'entreprise qui tombe sous son empire. La première façon est partielle mais quand même importante. Elle résulte du fait que la *Loi* instaure un régime de co-gestion partielle de l'entreprise par les travailleurs et l'employeur. La deuxième façon est beaucoup plus globale. Elle résulte du fait que, si la *Loi* a pour objectifs la santé et la sécurité des travailleurs, elle s'adresse principalement au gestionnaire de l'entreprise en tant que tel pour réaliser ces objectifs, pour la raison élémentaire que c'est lui qui a la

ownership and control of the undertaking, of "establishments", facilities, equipment, workplaces, the organization of work and the methods used to carry it out, techniques and rates of production, products used, procedures, materials, the construction of an establishment, the modification of facilities and so on.

After describing the essentially preventive purpose of the *Act* in the first paragraph of s. 2, the legislator in the second paragraph sets out the *Act's* second major principle:

This act provides mechanisms for the participation of workers, workers' associations, employers and employers' associations in the realization of its object.

In this latter provision the legislator is laying down a rule of at least partial co-management of the undertaking, co-management which moreover is intended to be established on a parity basis.

This rule is given effect chiefly in Chapters IV and V relating to health and safety committees and the safety representative.

The health and safety committees are established on a parity basis. At least half their members represent workers and are designated by them. They enjoy significant decision-making powers, including that of selecting the physician responsible for health services in the establishment, approving the health program prepared by this physician, establishing training and information programs in matters of occupational health and safety and selecting individual protective devices and equipment. They also have investigative powers traditionally regarded as part of the powers of management.

The *Act* further provides, in Chapter V, for the designation of a safety representative in establishments where a health and safety committee exists, and he or she is *ex officio* a member of such a committee. The representative is chosen from among the workers of the establishment in the same way as workers' representatives on the health and safety committee. The representative also has managerial functions: he or she inspects workplaces, receives copies of accident notices and

propriété ou le contrôle de l'entreprise, des «établissements», des installations, de l'équipement, des lieux de travail, de l'organisation du travail et des méthodes utilisées pour l'accomplir, des techniques et des rythmes de production, des produits employés, des procédés, du matériel, de la construction d'un établissement, de la modification des installations, etc.

Après avoir décrit l'objet essentiellement préventif de la *Loi* au premier alinéa de l'art. 2, le législateur énonce au deuxième alinéa son second grand principe:

Elle [la *Loi*] établit les mécanismes de participation des travailleurs et de leurs associations, ainsi que des employeurs et de leurs associations à la réalisation de cet objet.

Le législateur énonce dans cette dernière disposition le principe d'une co-gestion au moins partielle de l'entreprise, co-gestion qu'il voudra d'ailleurs paritaire.

Ce principe est mis en œuvre principalement aux chapitres IV et V relatifs aux comités de santé et de sécurité et au représentant à la prévention.

Les comités de santé et de sécurité sont paritaires. Au moins la moitié de leurs membres représentent les travailleurs et sont désignés par eux. Ils jouissent de pouvoirs décisionnels importants dont celui de choisir le médecin responsable des services de santé de l'établissement, celui d'approuver le programme de santé élaboré par ce médecin, celui d'établir les programmes de formation et d'information en matière de santé et de sécurité du travail et celui de choisir les moyens et équipements de protection individuels. Ils ont également des pouvoirs d'enquête traditionnellement assimilés à des pouvoirs de gestion.

La *Loi* prévoit en outre, au chapitre V, la désignation d'un représentant à la prévention dans les établissements où il existe un comité de santé et de sécurité dont il est membre d'office. Il est choisi parmi les travailleurs de l'établissement de la même façon que les représentants des travailleurs au sein du comité de santé et de sécurité. Il a également des fonctions de gestion: il fait l'inspection des lieux de travail, il reçoit copie des avis d'accident et enquête sur la cause des accidents, il

investigates the cause of accidents, identifies dangerous situations, accompanies an inspector on visits of inspection and intervenes in cases where a worker exercises his or her right of refusal. The representative may take time off work without loss of pay to perform part of his or her functions. The health and safety committee determines the time he or she may spend on his or her other functions, in accordance with the regulations. It may be assumed that in large undertakings the representative will be required to spend most of his or her time on duties which may well mean that he or she must always be present, unless assisted by other safety representatives.

Commenting on these provisions in *Droit de la santé et de la sécurité du travail: la loi et la jurisprudence commentées* (1986), the authors Denis Bradet, Bernard Cliche, Martin Racine and France Thibault make the following observation at p. 7:

[TRANSLATION] . . . active participation by all parties involved, recognized by the adoption of the parity rule, infringes upon part of the traditional management rights heretofore enjoyed by employers.

As these authors point out, the preceding provisions only divest the employer of a part of the exclusive rights of management, though by no means a negligible part.

However, for the reasons I mentioned above, the *Act* is addressed primarily to the manager of the undertaking as such, and it is the very management and managerial authority in its entirety which the *Act* regulates, and which it must of necessity regulate if it is to attain its objective. To see this one need only consider the general duties imposed on the employer by s. 51, the obligations imposed on employers of establishments identified by regulation by s. 59, and some of the very wide regulatory powers of the *C.S.S.T.*

Under section 51, the employer must *inter alia* see that the establishments under his or her authority are so equipped and laid out as to ensure the protection of the worker. He or she must ensure that the organization of the work and the working procedures and techniques are safe. He or

identifie les situations dangereuses, il accompagne l'inspecteur à l'occasion des visites d'inspection, il intervient dans le cas où un travailleur exerce son droit de refus. Il peut s'absenter de son travail sans perte de salaire pour exercer une partie de ses fonctions. Le comité de santé et de sécurité détermine, compte tenu des règlements, le temps qu'il peut consacrer à ses autres fonctions. On imagine facilement que, dans les grandes entreprises, il sera appelé à consacrer la plus grande partie de son temps à ses fonctions qui le rendent potentiellement omniprésent, à moins qu'il ne soit assisté de plusieurs autres représentants à la prévention.

Commentant ces dispositions dans *Droit de la santé et de la sécurité du travail: la loi et la jurisprudence commentées* (1986), les auteurs Denis Bradet, Bernard Cliche, Martin Racine et France Thibault font l'observation suivante à la p. 7:

. . . la participation active de toutes les parties engagées, reconnue par l'adoption du principe de la parité, bat en brèche une partie des droits de gérance ancestraux reconnus jusque-là aux employeurs.

Comme le font remarquer ces auteurs, les dispositions qui précèdent n'enlèvent à l'employeur qu'une partie des droits exclusifs de gestion, encore que ce ne soit pas une partie négligeable.

Mais, pour les motifs que j'ai mentionnés plus haut, la *Loi* vise principalement le gestionnaire de l'entreprise en tant que tel, et c'est sa gestion même et son pouvoir de gestion dans sa globalité qu'elle régleme et qu'elle est bien forcée de réglementer si elle veut atteindre son objectif. Il suffit pour s'en rendre compte de considérer les obligations générales imposées à l'employeur par l'art. 51, les obligations imposées par l'art. 59 aux employeurs d'établissements identifiés par règlement, de même que certains des très grands pouvoirs réglementaires de la *C.S.S.T.*

Selon l'article 51, l'employeur doit entre autres s'assurer que les établissements sur lesquels il a autorité sont équipés et aménagés de façon à assurer la protection du travailleur. Il doit s'assurer que l'organisation du travail et les méthodes et techniques utilisées pour l'accomplir sont sécuritari-

she must supervise maintenance of the workplace. The employer must use methods and techniques intended for the identification, control and elimination of risks. He or she must supply safety equipment and see that it is kept in good condition. He or she must provide the worker free of charge with all the individual protective health and safety devices or equipment selected by the health and safety committee.

The employer of an establishment to which s. 58 applies must see that a prevention program for each establishment is implemented, taking into account the responsibilities of the health and safety committee. Under section 59, such a program must contain, in addition to any component prescribed by regulation, components such as the following: programs for adapting the establishment to the standards prescribed by regulations respecting the layout of workplaces, work organization, equipment, material, processes and collective safety measures and equipment. Under section 60, the *C.S.S.T.* may order the content of a program to be amended.

If one examines the regulatory powers conferred on the *C.S.S.T.* by s. 223 of the *Act*, one finds that they include the following: for contaminants—see the definition in s. 1—prohibiting or restricting their use or prohibiting any emission, deposit, issuance or discharge of a contaminant; prescribing measures for supervision of the quality of the work environment and standards applicable to every establishment, in order to ensure the health, safety and physical well-being of workers, particularly with regard to work organization; determining the individual and common protective devices and equipment that the employer must put at the disposal of workers free of charge; determining the maximum daily or weekly number of hours that may be devoted to particular work and prescribing the distribution of those hours; indicating the cases or circumstances in which new construction or alterations to existing installations must not be undertaken without prior transmission to the Commission of plans and specifications and prescribing standards of construction, development, maintenance and demolition; determining the cases and

res. Il doit contrôler la tenue des lieux de travail. Il doit utiliser les méthodes et techniques visant à identifier, contrôler et éliminer les risques. Il doit fournir un matériel sécuritaire et assurer son maintien en bon ordre. Il doit fournir gratuitement au travailleur tous les moyens et équipements de protection individuels choisis par le comité de santé et de sécurité.

L'employeur d'un établissement visé par l'art. 58 doit faire en sorte qu'un programme de prévention propre à cet établissement soit mis en application, compte tenu des responsabilités du comité de santé et de sécurité. Selon l'article 59, un tel programme doit contenir, en outre de tout élément prescrit par règlement, des éléments comme les suivants: des programmes d'adaptation de l'établissement aux normes prescrites par les règlements concernant l'aménagement des lieux de travail, l'organisation du travail, l'équipement, le matériel, les procédés et les moyens et équipements de protection collectifs. Selon l'article 60, la *C.S.S.T.* peut ordonner que le contenu de ce programme soit modifié.

Si on passe aux pouvoirs réglementaires conférés à la *C.S.S.T.* par l'art. 223 de la *Loi*, on constate qu'ils comprennent entre autres les suivants: à propos des contaminants—voir la définition de l'art. 1—en prohiber ou restreindre l'utilisation ou en interdire toute émission, dépôt, dégagement ou rejet; prescrire les mesures de surveillance de la qualité du milieu de travail et les normes applicables à tout établissement de manière à assurer la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs notamment quant à l'organisation du travail; déterminer les moyens et équipements de protection individuels ou collectifs que l'employeur doit fournir gratuitement au travailleur; déterminer le nombre d'heures maximum, par jour ou par semaine, qui peut être consacré à un travail et prévoir la distribution de ces heures; indiquer dans quels cas ou circonstances une construction nouvelle ou une modification à des installations existantes ne peut être entreprise sans transmission préalable à la Commission des plans et devis et prescrire des normes de construction, d'aménagement, d'entretien et de démolition; déterminer les

circumstances in which an establishment must be regarded as remote and determining the living conditions to be maintained there by the employer for the benefit of the workers; prescribing standards respecting the safety of products, processes, equipment and materials; indicating directions for their use, maintenance and repair and prohibiting or restricting their use.

In view of such a large number of express provisions, one cannot help being struck by the fact that the legislator intended to enact rules regulating the very management and operations of all undertakings it sought to make subject to the *Act*, and appears to have been primarily motivated by a desire not to leave any aspect of the management and operation out.

Furthermore, the White Paper makes no secret of this intention, which it expressly confirms at p. 201, *inter alia*:

[TRANSLATION] As the government's objective is to protect the health and safety of workers, it is understandable that the definition of workers' rights is regarded as of great importance. It is also understandable that employers appear more bound by obligations than profiting from rights. Their obligations in the occupational health and safety field result from the rights they possess initially over the organization and layout of the workplace as owners and managers of their undertakings. [Emphasis added.]

In the same vein, in a report prepared for the Ontario Ministry of Labour, G. G. McKenzie and J. I. Laskin observe:

The main objective of the workplace is to be productive, but not at the expense of injury to workers or their exposure to hazards that may affect their health. The majority of employers and workers know this to be so and view occupational health and safety as an integral component of the operations of the workplace. [Emphasis added.]

(Ontario, Ministry of Labour, *Report on the Administration of the Occupational Health and Safety Act* (1987), vol. 1, at p. 17.)

I accordingly conclude that the *Act* is aimed at and regulates the management and operations of the undertakings subject to its jurisdiction.

cas et circonstances dans lesquels un établissement doit être considéré comme éloigné et déterminer les conditions de vie que l'employeur doit y maintenir au bénéfice des travailleurs; prescrire des normes relatives à la sécurité des produits, procédés, équipements, matériels; en indiquer les modes d'utilisation, d'entretien et de réparation et en prohiber ou en restreindre l'utilisation.

Devant l'accumulation de ces dispositions explicites, comment ne pas être frappé par le fait que le législateur a voulu viser la gestion même et les opérations de toutes les entreprises qu'il entend soumettre à la *Loi*, et qu'il paraît avoir été inspiré surtout par le souci de n'en oublier aucun élément.

D'ailleurs, le Livre blanc ne fait pas mystère de cette intention qu'il confirme expressément à la p. 201, entre autres:

Comme l'objectif du gouvernement est d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs, on ne s'étonnera pas si l'on attache beaucoup d'importance à la définition des droits des travailleurs. On ne s'étonnera pas non plus que les employeurs semblent astreints davantage à des obligations que bénéficiaires de droits. En fait, leurs obligations, dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail, résultent des droits qu'ils possèdent, au point de départ, sur l'organisation et l'aménagement des lieux de travail en tant que propriétaires et gestionnaires de leurs entreprises. [Je souligne.]

Dans la même veine, G. G. McKenzie et J. I. Laskin écrivent dans un rapport préparé pour le ministère du Travail de l'Ontario:

[TRADUCTION] L'objectif principal visé dans les lieux de travail est la productivité, mais non aux dépens d'accidents du travail ou de l'exposition des travailleurs à des dangers qui risquent de nuire à leur santé. La majorité des employeurs et des travailleurs en sont conscients et ils considèrent la santé et la sécurité du travail comme faisant partie intégrante des activités qui s'exercent dans les lieux de travail. [Je souligne.]

(Ontario, ministère du Travail, *Report on the Administration of the Occupational Health and Safety Act* (1987), vol. 1, à la p. 17.)

Je conclus donc que la *Loi* vise et atteint la gestion et les opérations des entreprises qui sont soumises à son application.

Moreover, there is serious reason to doubt that the Quebec legislator thought the *Act* would apply to federal undertakings or intended that it should. At page 260 of the White Paper, there is in fact the following passage under the subtitle [TRANSLATION] "Scope":

[TRANSLATION] ... except for federal organisms, over which the Quebec government has no jurisdiction, the preventive scheme will create rights and obligations for workers as well as for private or public undertakings, whether owned in Quebec or abroad, that operate anywhere in Quebec. [Emphasis added.]

This apparent intention to exclude federal organisms from the scope of the *Act* is confirmed by the definitions in s. 1 of the *Act*, discussed above. The limited scope of the *Act* which results from these definitions is consistent with the presumption that the legislator did not intend to give a statute unconstitutional effect by regulating the management of federal undertakings.

VIII—Classification of the Act respecting occupational health and safety

1. *Application of Principles Developed by the Courts*

Once the constitutional characterization of the subject-matter of a statute has been determined, a court must in order to decide as to its validity or application determine into which of the classes of subject listed in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* a statute relating to such subject-matter will fall. This second stage is that of the constitutional classification to which the double aspect theory as well as the concept of impairment are connected and which I consider below.

The classification stage is simplified when, as is the case here, the question has been canvassed over a period of about forty years in several leading cases which have determined its parameters and solutions.

As we saw under the previous heading, the *Act* is not related to the subject-matter of health. It accordingly does not fall into the class of subjects mentioned in subs. 16 of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*: "Generally all Matters of a merely

D'ailleurs, il y a lieu de douter sérieusement que le législateur québécois ait pu penser et vouloir que la *Loi* s'applique à des entreprises fédérales. On trouve en effet, à la p. 260 du Livre blanc, le passage suivant sous le sous-titre «Le champ d'application»:

... à l'exclusion des organismes fédéraux sur lesquels le gouvernement du Québec n'a pas juridiction, le régime de prévention créera des droits et des obligations, aussi bien aux artisans qu'aux entreprises privées ou publiques, québécoises ou étrangères, dont le travail s'exercera en quelque lieu que ce soit au Québec. [Je souligne.]

Cette volonté apparente d'exclure les organismes fédéraux de l'application de la *Loi* se trouve confirmée par les définitions de l'art. 1 de la *Loi*, dont j'ai traité plus haut. Le champ d'application limité de la *Loi* qui résulte de ces définitions est conforme à la présomption selon laquelle le législateur n'a pu vouloir conférer à une loi une portée inconstitutionnelle en réglementant la gestion des entreprises fédérales.

VIII—Classification de la Loi sur la santé et la sécurité du travail

1. *Application des principes élaborés par la jurisprudence*

Une fois déterminée la qualification constitutionnelle d'une loi quant à sa matière, il faut, pour évaluer sa validité ou son applicabilité, décider dans laquelle des catégories de sujets énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit tomber une loi relative à une telle matière. Cette deuxième étape est celle de la classification constitutionnelle à laquelle se rattache la théorie du double aspect, ainsi que celle de l'en-trave, dont je traiterai subséquemment.

L'étape de la classification se trouve simplifiée lorsque, c'est le cas en l'espèce, la question a été explorée depuis une quarantaine d'années par plusieurs arrêts de principe qui en ont fixé les paramètres et les solutions.

On l'a vu au chapitre qui précède, la *Loi* n'est pas relative à cette matière qu'est la santé. Elle ne tombe donc pas dans la catégorie de sujets mentionnée au par. 16 de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, «Généralement toutes les matiè-

local or private Nature in the Province". Proposition one stated at the start of these reasons is thus inapplicable. Even if the conclusion were otherwise, it must be noted that the various arguments made by the parties in support of the application of provincial legislation appear to ignore the presumption created by s. 91 *in fine*, under which "... any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section shall not be deemed to come within the Class of Matters of a local or private Nature comprised in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces". I have already shown that a statute relating to occupational health and safety necessarily regulates the management of the undertaking in which the workers are employed. Accordingly, the effect of applying the *Act* to a federal undertaking would be to allow a province to regulate the management of such an undertaking, a matter which is within exclusive federal jurisdiction. Under the presumption in s. 91 *in fine*, occupational health and safety in a federal undertaking would fall within the class of subjects listed in s. 91(29) and would therefore not be deemed to fall within the class of subjects of a local or private nature mentioned in s. 92(16).

I will now consider propositions two and three.

The *Act* deals with the following matters: working conditions, labour relations and the management of undertakings. Under proposition two, these subjects in principle fall into the class of subject mentioned in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*: "Property and Civil Rights in the Province". The *Act* is therefore *intra vires*, valid and applicable to undertakings which it may constitutionally cover.

However, consistent with proposition three and by exception to proposition two, the *Act* characterized as above cannot be applied to the federal undertakings mentioned in s. 91(29) and s. 92(10)a., b. and c. of the *Constitution Act, 1867*, without regulating essential parts of those undertakings and without making the *Act*, as a conse-

res d'une nature purement locale ou privée dans la province». La première proposition énoncée au début de ces motifs se trouve donc sans application. Même s'il fallait conclure autrement, il importe de souligner que les divers arguments invoqués par les parties au soutien de l'application de la législation provinciale passent sous silence la présomption créée par l'art. 91 *in fine* en vertu de laquelle, «... aucune des matières ressortissant aux catégories de sujets énumérées au présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée comprise dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignées par le présent acte aux législatures des provinces.» J'ai déjà démontré qu'une loi relative à la santé et la sécurité des travailleurs régit par le fait même la gestion de l'entreprise dans laquelle ceux-ci travaillent. En conséquence, l'application de la *Loi* à une entreprise fédérale aurait pour effet de permettre à une province de régir la gestion d'une telle entreprise, un domaine du ressort fédéral exclusif. Conformément à la présomption de l'art. 91 *in fine*, la santé et la sécurité au travail ressortiraient, dans le cas d'une entreprise fédérale, à la catégorie de sujets énumérée au par. 91(29) et ne seraient pas, par conséquent, réputées tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée prévue au par. 92(16).

J'aborde maintenant les deuxième et troisième propositions.

La *Loi* est relative aux matières suivantes: les conditions et relations de travail et la gestion des entreprises. Suivant la deuxième proposition, ces matières tombent en principe dans la catégorie de sujets prévue au par. 13 de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* «La propriété et les droits civils dans la province». La *Loi* est donc *intra vires*, valide et applicable aux entreprises qu'elle peut constitutionnellement viser.

Mais, conformément à la troisième proposition et par dérogation à la deuxième, on ne peut appliquer la *Loi*, qualifiée comme susdit, aux entreprises fédérales mentionnées dans le par. 29 de l'art. 91 et les al. 10a., b. et c. de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sans régir des parties essentielles de ces entreprises et sans faire de la

quence of such an application, a statute dealing with matters that fall within the classes of subjects mentioned in those subsections. The *Act* is therefore not applicable to undertakings such as Bell Canada and Canadian National.

However, it will be necessary to look further at proposition three and the cases on which it is based.

In the *Postal Service Case 1948*, the Court had to decide whether the minimum wage statute of Saskatchewan was applicable to one Fleming, a temporary employee of a post office operated by a Mrs. Graham, whose remuneration consisted of being paid commissions based on a percentage of the post office revenue. As she was authorized to do, Mrs. Graham herself paid Fleming's salary from the revenue she collected. It had earlier been decided by this Court in *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505, at p. 510, that:

... as a rule a province has no authority to regulate the hours of employment of the servants of the Dominion Government.

However, Fleming's status as an employee of the Government of Canada or of the Crown was to say the least uncertain. The six judges of the Court in the *Postal Service Case 1948* held unanimously that the Saskatchewan minimum wage statute was not applicable to Fleming and Mrs. Graham, but they did so for different reasons. Three of them, Rand, Kellock and Locke J.J., held that the provincial statute was not applicable because Fleming was a servant or employee of the Crown and his wages were earned in the Crown's service. The other three judges, Rinfret C.J., Taschereau J., as he then was, and Estey J., held that the provincial statute was not applicable to Fleming because he was part of the postal service, which is subject to the exclusive legislative jurisdiction of Parliament under s. 91(5) of the *Constitution Act, 1867*, "Postal Service", which precludes any encroachment by provincial legislation on matters falling within this class of subject.

Loi, par le biais d'une telle application, une loi relative à des matières qui tombent dans les catégories de sujets mentionnées dans ces paragraphes. La *Loi* est donc inapplicable à des entreprises a comme Bell Canada et les Chemins de fer nationaux.

Il y a cependant lieu d'élaborer sur cette troisième proposition et sur les arrêts qui en constituent le fondement. b

Dans l'*Affaire du service postal 1948*, il fallait décider si la loi du salaire minimum de la Saskatchewan était applicable à un dénommé Fleming, employé temporaire d'un bureau de poste concédé à Dame Graham qui l'exploitait en se payant, à titre de rémunération, des commissions fondées sur un pourcentage des revenus du bureau de poste. Comme elle y était autorisée, Dame d Graham payait le salaire de Fleming à même les revenus ainsi reçus par elle. Il avait déjà été décidé par cette Cour dans *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505, à la p. 510, que:

[TRADUCTION] ... en règle générale, une province n'a pas le pouvoir de réglementer les heures de travail des fonctionnaires du gouvernement fédéral. e

Mais le statut de Fleming comme employé du f Gouvernement du Canada ou de la Couronne était pour le moins ambigu. Les six juges du *coram* dans l'*Affaire du service postal 1948* décident à l'unanimité que la loi sur le salaire minimum de la Saskatchewan est inapplicable à Fleming et à g Dame Graham, mais ils le décident pour des motifs différents. Trois d'entre eux, les juges Rand, Kellock et Locke, estiment que la loi provinciale est inapplicable parce que Fleming est un h serviteur ou un employé de la Couronne et que ses gages sont gagnés au service de la Couronne. Les trois autres juges, soit le juge en chef Rinfret, le juge Taschereau, plus tard Juge en chef, et le juge Estey, décident que la loi provinciale est inapplicable à Fleming parce qu'il fait partie du service i postal, lequel est soumis à la compétence législative exclusive du Parlement en vertu du par. 5 de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, « service postal », qui empêche tout empiètement de j la législation provinciale sur les matières qui tombent dans cette catégorie de sujets.

As we shall see, the opinion of the last three judges, which eventually prevailed, is particularly important.

Rinfret C.J. said at p. 253:

It is not necessary to decide whether Fleming became an employee of His Majesty, or whether there existed between him and His Majesty the relationship of master and servant. Under the statutory provisions quoted above Fleming in the course of his duties as assistant to Mrs. Graham became a person employed in the business of the Post Office of Canada and part of the Postal Service. As such, he was subject to the exclusive control of the Federal Parliament.

By Section 91, sub-sec. 5 of the *British North America Act*, the exclusive legislative jurisdiction with reference to "Postal Service" is conferred on Parliament. No question of ancillary or incidental legislation arises here, and it is not necessary for the Court to inquire whether the field is or is not already occupied by the Dominion. Postal Service is exclusively within the jurisdiction of the Parliament of Canada and any encroachment on the subject by provincial legislation must be looked upon as being *ultra vires*, whether Parliament has or has not dealt with the subject by legislation.

Taschereau J. held at p. 257 that Fleming was part of the postal service. He then continued, a little further on:

It follows that the fixing of the wages of the Postal employees, is a matter in pith and substance "Postal Service Legislation", upon which the provinces may not legislate without invading a field "exclusively" assigned to the Dominion. (*Reference as to Hours of Labour in Industrial Undertakings*, [1925] S.C.R. 505.)

It has been suggested that in the absence of a law passed by the Dominion of Canada, in relation to the Postal Service which is inconsistent with the provinces of the said Minimum Wage Act, the Act applies to employees and employers in the circumstances of this case. It is further submitted that there is no Dominion legislation fixing the minimum wage to be paid to employees in the position of the said Leo Fleming.

I am of the opinion that this argument cannot prevail. We have not to deal with the theory of the "occupied field". We are confronted with a question of "competence" to legislate in matters "falling strictly within any of the classes specially enumerated in section 91 of the B.N.A. Act". Here, this "competence" does not exist.

L'opinion de ces trois derniers juges, laquelle finira par prévaloir, comme nous le verrons, est particulièrement importante.

a Le juge en chef Rinfret écrit à la p. 253:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas à déterminer si Fleming est devenu fonctionnaire de Sa Majesté ou s'il existait entre les deux des relations d'employeur et employé. Suivant les dispositions législatives déjà citées, Fleming, dans l'exercice de ses fonctions d'adjoint à M^{me} Graham est devenu une personne employée à des opérations des postes du Canada et faisait en conséquence partie du service postal. À ce titre, il relevait exclusivement de l'autorité du législateur fédéral.

c Le paragraphe 5 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* confère au Parlement une compétence législative exclusive à l'égard du «service postal». Il ne s'agit nullement en l'espèce d'une loi accessoire ou secondaire et il n'est pas nécessaire que la Cour se demande si le champ en question est déjà occupé par le fédéral. Le service postal est du ressort exclusif du Parlement du Canada et toute loi provinciale qui empiète sur ce domaine doit être considérée comme *ultra vires*, que le Parlement ait ou non légiféré dans ce même domaine.

Le juge Taschereau décide à la p. 257 que Fleming fait partie du service postal. Puis il continue un peu plus bas:

f [TRADUCTION] Il s'ensuit qu'une loi fixant les salaires des employés des postes porte de par son caractère véritable sur le «service postal», relativement auquel les provinces ne peuvent légiférer sans empiéter sur un domaine «exclusivement» assigné au gouvernement fédéral. (*Reference as to Hours of Labour in Industrial Undertakings*, [1925] R.C.S. 505.)

h On a soutenu qu'en l'absence d'une loi fédérale relative au service postal qui soit incompatible avec les dispositions de ladite Minimum Wage Act, celle-ci s'applique aux employés et aux employeurs dans le cas qui se présente en l'espèce. On fait valoir en outre qu'aucune loi fédérale ne vient établir le salaire minimum à payer aux employés qui se trouvent dans la situation de Leo Fleming.

i À mon avis, cet argument ne saurait être retenu. Il ne s'agit nullement ici de l'application de la théorie du «champ occupé». La question à laquelle nous avons à répondre est celle de la «compétence» pour légiférer dans des domaines «qui tombent exclusivement dans l'une des catégories spécialement énumérées à l'art. 91 de la l'A.A.N.B.» En l'espèce cette «compétence» n'existe pas.

Even Rand J. wrote at p. 263:

I take this legislation to aim at the regulation of the business, occupation or employment in which the work of the employee for which the minimum wage is prescribed is carried out, and which, as well as the employer, is for such purposes within the legislative control of the province. In the case before us, the postmistress has neither business nor service of her own into which the employee is or can be introduced; and the actual employment to which the employee is committed is beyond provincial jurisdiction. The condition for the application of the statute is, therefore, absent. [Emphasis added.]

Finally, Estey J. wrote at p. 269:

Counsel for the Dominion does not question the competency of the province under the *B.N.A. Act*, s. 92(13) (Property and Civil Rights) to enact this *Minimum Wage Act*, but does contend that it is not applicable to, or that the Postal Service is not subject to, the provisions of this provincial legislation.

Section 91 (5) of the *B.N.A. Act* provides:

91. ... it is hereby declared that ... the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

(5) Postal Service.

This section 91 (5) vests in the Parliament of Canada the exclusive power to legislate with respect to the Postal Service. As stated by Lord Maugham in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1943] A.C. 356 at 370:

In such a case it is immaterial whether the Dominion has or has not dealt with the subject by legislation, or to use other well-known words, whether that legislative field has or has not been occupied by the legislation of the Dominion Parliament.

See also *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700 at 715; *Madden v. Nelson*, [1899] A.C. 626; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200 at 213.

If, therefore, the said employment of Fleming was within the "Postal Service" as that term is used in the *B.N.A. Act*, his employment was subject to Dominion legislation only.

These opinions were conclusive for the purposes of *Bell Canada 1966* as they are for the purposes of the case at bar. The power to make laws

Même le juge Rand écrit à la p. 263:

[TRADUCTION] Selon moi, la loi en cause vise à réglementer l'entreprise, l'occupation ou l'emploi dans le cadre desquels l'employé effectue un travail qui commande un salaire minimum, et ceux-ci ainsi que l'employeur intéressé relèvent à ces fins de la compétence législative de la province. Dans le cas présent, la directrice de la poste n'a pas d'entreprise ni de service lui appartenant où elle a engagé ou pourrait engager l'employé; quant à l'emploi que l'employé exerce en fait, il échappe à la compétence provinciale. La condition d'applicabilité de la loi n'a donc pas été remplie. [Je souligne.]

Enfin, le juge Estey écrit à la p. 269:

[TRADUCTION] L'avocat du Canada ne conteste pas que le par. 92(13) (la propriété et les droits civils) de l'*A.A.N.B.* autorise la province à adopter la *Minimum Wage Act* présentement en cause. Il fait cependant valoir que celle-ci ne s'applique pas au service postal.

Le paragraphe 91(5) de l'*A.A.N.B.* porte:

91. ... il est par les présentes déclaré que [...] l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

(5) le service postal.

Le paragraphe 91(5) investit le Parlement du Canada du pouvoir exclusif de légiférer relativement au service postal. Comme l'a dit lord Maugham dans l'arrêt *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1943] A.C. 356, à la p. 370:

Dans un pareil cas il importe peu que le Canada ait ou non adopté des dispositions législatives touchant à ce domaine ou, pour employer une autre formule bien connue, que le champ législatif en question ait été ou non occupé par une loi fédérale.

Voir en outre les arrêts *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700, à la p. 715; *Madden v. Nelson*, [1899] A.C. 626; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200, à la p. 213.

Si, en conséquence, ledit emploi de Fleming était exercé dans le cadre du «service postal» selon le sens donné à cette expression dans l'*A.A.N.B.*, cet emploi n'était assujéti qu'aux lois fédérales.

Ces opinions sont déterminantes pour les fins de *Bell Canada 1966* comme pour les fins de l'espèce. Le pouvoir de faire des lois relativement aux

regarding matters falling within the class of subject of the postal service mentioned in s. 91 of the *Constitution Act, 1867* is no more or less exclusive than the power to make laws regarding matters falling within the class of subject of federal undertakings covered by ss. 91(29) and 92(10)*a., b. and c.*, quite apart from the question of whether Parliament has exercised its primary powers. If this exclusivity suffices to remove the postal service from the scope of an Act like the Saskatchewan minimum wage statute, it also suffices, and in the same way, to remove federal undertakings from the scope of a statute of the same type, as was held in *Bell Canada 1966* and as the Court must now find.

It should at once be noted that Rinfret C.J.'s opinion in the *Postal Service Case 1948* finally received the support of the seven members of this Court sitting in *Bell Canada 1966*, then of all the members of the Court in *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178, in which Ritchie J. wrote at p. 181:

It has been accepted, at least since the case of *Toronto Electric Commissioners v. Snider et al.*, [1925] A.C. 396, that, generally speaking, legislation respecting employer and employee relationships relates to property and civil rights and is therefore within the exclusive jurisdiction of the provincial legislature, but under the *Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, 1948 (Can.), c. 54, which was the precursor of the present *Canada Labour Code*, and the decision of this Court in the Reference relating to the validity and application of that statute, it has been established that it is not within the competency of a provincial legislature to legislate concerning industrial relations of persons employed in a work, business or undertaking coming within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada. There can be no doubt that the subject-matter of the postal service is expressly assigned to the exclusive legislative authority of Parliament under s. 91(5) of the *British North America Act*, and that employer and employee relations in that service are correspondingly within that authority. If authority were needed for this latter proposition, it is to be found in *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248, particularly *per* Rinfret C.J., at p. 253.

matières qui tombent dans la catégorie de sujets du service postal mentionnée à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est ni plus ni moins exclusif que celui de faire des lois relatives à des matières tombant dans les catégories de sujets des entreprises fédérales visées par le par. 29 de l'art. 91 et les al. 10*a., b. et c.* de l'art. 92 de la même loi constitutionnelle et ce, abstraction faite de l'exercice ou du non-exercice par le Parlement de ses pouvoirs primaires. Si cette exclusivité suffit à empêcher la sujétion du service postal à une loi comme la loi du salaire minimum de la Saskatchewan, elle suffit également et de la même façon à empêcher la sujétion des entreprises fédérales à une loi de même nature, comme on le décidera dans *Bell Canada 1966* et comme il faut décider en l'espèce.

Précisons tout de suite que l'opinion du juge en chef Rinfret dans l'*Affaire du service postal 1948* recevra finalement l'aval des sept membres de cette Cour qui ont siégé dans *Bell Canada 1966* puis de tous les membres de cette Cour dans *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178, où le juge Ritchie écrit à la p. 181:

Il est admis, du moins depuis l'arrêt *Toronto Electric Commissioners c. Snider et al.*, [1925] A.C. 396, que, d'une manière générale, la législation sur les relations patron-employés concerne la propriété et les droits civils et relève par conséquent de la compétence exclusive de la législature de la province, mais il est établi, depuis l'adoption de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, 1948 (Can.), c. 54, précurseur de l'actuel *Code canadien du travail*, et la décision de cette Cour dans le renvoi relatif à la validité et à l'application de cette Loi, qu'il n'est pas du ressort de la législature provinciale de légiférer sur les relations industrielles de personnes employées dans une entreprise qui relève de l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada. Il n'y a aucun doute que le service postal est un objet expressément assigné à l'autorité législative exclusive du Parlement en vertu de l'art. 91, par. (5), de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, et que les relations patron-employés dans ce service relèvent en conséquence de cette autorité. S'il fallait invoquer un précédent à l'appui de cette dernière thèse, il suffirait de citer l'arrêt *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248, en particulier l'exposé du Juge en chef, le Juge Rinfret, à la p. 253.

The *Stevedoring Case* differs from the *Postal Service Case 1948*, *Bell Canada 1966* and the three cases of the instant trilogy chiefly in that it was concerned not with whether federal undertakings or institutions come within provincial statutes of general application, but with the constitutional validity of federal legislation, namely Part I of *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C. 1948, c. 54, the precursor of the present *Canada Labour Code*, as Ritchie J. observed in the foregoing citation. It was also concerned with the application of that statute to the employees of a stevedoring business.

It will be recalled that before the *Stevedoring Case* the Judicial Committee of the Privy Council had, in *Snider*, quashed a federal statute, *An Act to aid in the Prevention and Settlement of Strikes and Lockouts in Mines and Industries connected with Public Utilities* (the "*Industrial Disputes Investigation Act, 1907*"), S.C. 1907, c. 20. As its full and short titles indicate, the purpose of this statute was to aid in the prevention and settlement of industrial disputes. These disputes could concern matters such as wages, remuneration, working hours, conditions of employment, the employment of children and so on. The statute in question had a very wide ambit, extending to mining operations employing ten or more persons and the operation of public services, a great many of which were under provincial jurisdiction. Under this statute strikes and lockouts could be prohibited in such undertakings, after inquiry and mediation. The Judicial Committee found this statute to be *ultra vires* because it dealt with property and civil rights in the provinces.

The legislation which was the subject of the *Stevedoring Case* is in many respects similar to that overturned in *Snider*, with in addition provisions on unfair competition in labour relations matters and on certification. This statute, like the other, dealt with labour relations, the negotiation of collective agreements and working conditions, mediation and the legality of strikes and lockouts, but the law was considerably restricted in its application by s. 53, which provided that Part I of

L'Affaire des débardeurs se distingue principalement de *l'Affaire du service postal 1948*, de *Bell Canada 1966* et des trois causes de la présente trilogie en ce qu'elle ne porte pas sur la sujétion d'entreprises ou d'institutions fédérales à des lois provinciales d'application générale, mais sur la validité constitutionnelle d'une législation fédérale, savoir la Partie I de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, chap. 54, précurseur de l'actuel *Code canadien du travail* comme le dit le juge Ritchie dans la citation précédente. Elle porte également sur l'applicabilité de cette loi aux employés d'une entreprise d'arrimage.

Rappelons qu'avant *l'Affaire des débardeurs*, le Comité judiciaire du Conseil privé avait, dans *Snider*, invalidé une loi fédérale, la *Loi ayant pour objet d'aider à prévenir et à régler les grèves et les contre-grèves dans les mines et dans les exploitations de services publics* («*Loi des enquêtes en matière de différends industriels, 1907*»), S.C. 1907, chap. 20. Comme son titre complet et son titre abrégé l'indiquent, cette loi-là avait pour objet d'aider à prévenir et à régler les différends industriels. Ces différends pouvaient porter sur des matières comme les gages, le salaire, les heures de travail, les conditions d'emploi, l'emploi des enfants, etc. La loi en question avait une portée fort générale, s'étendant aux exploitations minières employant dix personnes ou plus et à des exploitations de services publics dont un grand nombre relevaient des provinces. En vertu de cette loi, des grèves et des lock-out pouvaient être interdits dans de telles entreprises, après enquête et médiation. Le Comité judiciaire jugea cette loi *ultra vires* parce que relative à la propriété et aux droits civils dans les provinces.

La législation qui fait l'objet de *l'Affaire des débardeurs* ressemble à bien des égards à celle qui fut invalidée dans *Snider*, comportant en outre des dispositions sur les pratiques déloyales en matière ouvrière ainsi que sur l'accréditation. Comme l'autre, c'est une loi qui porte sur les relations de travail, la négociation des conventions collectives et des conditions d'emploi, la médiation et la légalité des grèves et des lock-out, mais son extension se trouve considérablement restreinte par son art.

the statute “appl[ies] in respect of employees who are employed upon or in connection with the operation of any work, undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada including, but not so as to restrict the generality of the foregoing”, works, undertakings or businesses in connection with navigation, railways, canals, telegraphs, lines of steam connecting a province with any other or extending beyond the limits of a province, aerodromes, lines of air transportation, radio broadcasting stations, works and undertakings declared to be for the general advantage of Canada, and so on.

Nine judges of the Court unanimously found Part 1 of *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act* to be valid. Six of them also were of the opinion that the legislation was within the exclusive legislative jurisdiction of Parliament. They were Kerwin C.J. and Taschereau, Estey, Cartwright, Fauteux and Abbott JJ. Rand, Kellock and Locke JJ. did not think it necessary to decide this point. Rand J. dissented, and Locke J. dissented in part on the application of the legislation to the stevedoring undertaking. Each of the nine judges wrote an opinion. I think that extracts from several of these need to be cited.

At pages 541 and 542, Taschereau J. wrote:

Generally, I think that the Industrial Relations and Disputes Investigation Act may be justified by head 10 of s. 91 of the British North America Act, which gives to the Parliament of Canada exclusive jurisdiction on *Navigation and Shipping*. Regulation of employment of stevedores is, I believe, an essential part of navigation and shipping and is essentially connected with the carrying on of the transportation by ship. Even if incidentally the law may affect provincial rights, it is nevertheless valid if it is, as I think, in relation to a subject within the federal legislative power under s. 91.

In the *Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248, it was held by this Court that the wages of an employee of a Postal Service of Canada were within the exclusive legislative field of the Parliament of

53 qui prescrit que la Partie I de la Loi «s’applique à l’égard des travailleurs employés aux ouvrages, entreprises ou affaires qui relèvent de l’autorité législative du Parlement du Canada, ou relativement à l’exploitation de ces choses, y compris, mais non de manière à restreindre la généralité de ce qui précède,» les ouvrages, entreprises ou affaires de navigation, les chemins de fer, canaux, télégraphes, lignes de vapeur reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province, les aérodromes, les lignes de transport aérien, les stations de radiodiffusion, les ouvrages ou entreprises déclarés être à l’avantage général du Canada, etc.

C’est à l’unanimité des neuf juges que la Cour trouve valide la Partie I de la *Loi sur les relations industrielles et les enquêtes visant les différends du travail*. Six d’entre eux énoncent en outre l’opinion que cette législation relève de la compétence législative exclusive du Parlement. Il s’agit du juge en chef Kerwin et des juges Taschereau, Estey, Cartwright, Fauteux et Abbott. Les juges Rand, Kellock et Locke n’estiment pas nécessaire de se prononcer sur ce point. Le juge Rand est dissident, et le juge Locke est dissident en partie à propos de l’application de la législation à l’entreprise d’arrimage. Chacun des neuf juges a rédigé une opinion. Il me paraît nécessaire de citer des extraits de plusieurs d’entre elles.

Aux pages 541 et 542, le juge Taschereau écrit:

[TRADUCTION] Dans l’ensemble, je pense que la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail peut être autorisée par la rubrique 10 de l’art. 91 de l’Acte de l’Amérique du Nord britannique qui donne au Parlement du Canada une compétence exclusive sur la *navigation et les expéditions par eau*. Je crois que la réglementation de l’emploi des débardeurs fait partie intégrante de la navigation et des expéditions par eau et est essentiellement reliée au transport maritime. Même si incidemment la loi peut affecter des droits provinciaux, elle est néanmoins valide si elle est, comme je le pense, relative à un sujet attribué par l’art. 91 au pouvoir législatif fédéral.

Dans le renvoi concernant la *Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248, cette Cour a statué que le traitement d’un employé du service postal du Canada était inclus dans le champ législatif exclusif du

Canada, and that any encroachment by provincial legislation on that subject must be looked upon as being *ultra vires* whether or not Parliament has or has not dealt with the subject by legislation.

This last case is very similar to the one at bar, and I have no doubt that, if it is not competent to a provincial legislature to legislate as to hours of labour and wages of Dominion servants, it is not within its power to legislate as to industrial disputes of employees on a subject matter coming within the jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91.

Rand J. refrained from deciding whether the legislation fell within the exclusive powers of Parliament, but in my opinion he came very close to recognizing this at least partly in the following passages found at pp. 546 and 547:

But works and undertakings within 91(29) present features of overriding importance. For example, three systems of railways extend from the Atlantic to the Pacific; for them Canada is a single area in which provincial lines are for most purposes obliterated: on them, hours of labour, qualification and classification of employees, working conditions, wages, and other items of like nature, with uniformity, in general, unavoidable, are so bound up with management and operation that a piecemeal provincial regulation would be intolerable.

As to them, and subject to what is said hereafter as to incidental matters, the provisions of the Act before us are, in my opinion, within the competency of Parliament. It was argued by Mr. Varcoe that the relations dealt with are so far implicated in management as to be exclusively within that jurisdiction; but it is unnecessary to say more than that provincial legislation, in relation to them, is inoperable.

Although the legislation at issue in the *Stevedoring Case* did not mention banks as the *Canada Labour Code* now does, Rand J. wrote at p. 554:

Banking, the incorporation of banks and the issue of paper money come under s. 91(15). It would be incompatible with that power with its national interest and responsibility that the qualifications, classifications, hours of labour, wages and salaries of employees, related as they are to the earning charges of interest, etc., or the procedure to obtain agreement on them, should not lie within the regulation of Parliament.

Parlement du Canada et que tout empiétement sur ce sujet par une loi provinciale devait être considéré inconstitutionnel que le Parlement ait, oui ou non, légiféré sur le sujet.

Cette dernière affaire est semblable à la présente et je ne doute pas que, si une législature provinciale n'est pas compétente pour légiférer quant aux heures de travail et aux traitements des fonctionnaires du Dominion, il n'est pas en son pouvoir de légiférer au sujet des conflits ouvriers dans un domaine soumis à la compétence du Parlement du Canada en vertu de l'art. 91.

Le juge Rand s'abstient de décider si la législation relève des pouvoirs exclusifs du Parlement mais, à mon avis, il vient bien près de le reconnaître au moins pour partie dans les passages suivants que l'on trouve aux pp. 546 et 547:

[TRADUCTION] Mais les ouvrages et entreprises aux termes du par. 91(29) offrent des caractéristiques d'une importance prépondérante. Par exemple, trois réseaux de chemins de fer s'étendent de l'Atlantique au Pacifique; pour eux, le Canada ne forme qu'un seul territoire où les barrières provinciales sont à presque toutes fins éliminées, les heures de travail, la compétence et la classification des employés, les conditions de travail, les salaires et autres questions du même genre, étant, avec une uniformité habituellement inévitable, si intégrés à la gestion et à l'exploitation de l'entreprise qu'une réglementation provinciale fragmentaire serait intolérable.

Quant à celles-ci, et sous réserve de ce qui sera dit ci-après au sujet des matières incidentes, les dispositions de la Loi en l'espèce sont, à mon avis, de la compétence du Parlement. M^e Varcoe a prétendu que les relations en cause ici sont si étroitement liées à la gestion de l'entreprise qu'elles relèvent exclusivement de cette compétence; mais il suffit de dire qu'une législation provinciale à leur sujet est inapplicable.

Quoique la législation mise en question dans l'*Affaire des débardeurs* ne mentionne pas les banques comme le fait maintenant le *Code canadien du travail*, le juge Rand écrit à la p. 554:

[TRADUCTION] Les banques, la constitution en corporation des banques et l'émission du papier monnaie relèvent du par. 91(15). Il serait incompatible avec ce pouvoir, compte tenu de la responsabilité et de l'intérêt nationaux qu'il implique, que la compétence, la classification, les heures de travail, la rémunération et les salaires des employés, reliés comme ils le sont aux coûts de productivité de l'intérêt, etc., ou la procédure pour arriver à un accord à leur sujet, ne soient pas réglés par le Parlement.

Kellock J. wrote at pp. 556-57:

In *Winner's* case the Judicial Committee considered that a line of buses operating between points in the United States and Canada was analogous to a line of steamships providing similar communication. In their Lordships' view, as expressed by Lord Porter at p. 572, "As in ships so in buses it is enough that there is a connecting undertaking."

In my opinion the legislative jurisdiction vested in Parliament to make laws in relation to works and undertakings of the character excepted by s. 92(10) from the legislative jurisdiction of the provinces, involves jurisdiction to legislate with respect to the persons engaged in the operation of such undertakings and the manner in which and the conditions under which such operations are carried out. This view is in accord with the judgment of this court in *The Hours of Labour Reference*, [1925] S.C.R. 505, and I consider the legislation here under consideration belongs in the same category as that which was there in question.

If the matters dealt with by the legislation in question on this Reference can therefore be said to fall within the scope of management of the undertakings excepted by s. 92(10), there would be no room for provincial legislation on the same subject matter with relation to such an undertaking whether the field had or had not been occupied. [Emphasis added.]

Estey J. wrote at p. 564:

If, therefore, a system of collective bargaining and statutory provisions for settlement of disputes in labour relations are to be made available to employers and employees within the legislative jurisdiction of Parliament, that body alone can enact the appropriate legislation.

Cartwright J., as he then was, wrote at p. 583:

Having concluded that the proper construction of s. 53 is as set out above, it follows that the whole of Part I of the Act is *intra vires*. Its application is limited to matters in the exclusive jurisdiction of Parliament and consequently it is without significance that it interferes with matters such as contractual relationships between employees and employers in the province, which would otherwise fall within the jurisdiction of the provincial legislatures.

Le juge Kellock écrit, aux pp. 556 et 557:

[TRADUCTION] Dans l'affaire *Winner*, le Comité judiciaire considéra qu'une ligne d'autobus exploitée entre des points situés aux États-Unis et au Canada était analogue à une ligne maritime offrant de semblables communications. De l'avis de leurs Seigneuries, tel que l'exprime lord Porter à la p. 572: «Comme dans le cas des navires, il suffit, dans celui des autobus, qu'il existe une entreprise reliant un point à un autre.»

À mon avis, la compétence législative attribuée au Parlement pour faire des lois concernant les ouvrages et entreprises d'une espèce exceptée par le par. 92(10) de la compétence législative des provinces, comporte la compétence de légiférer à l'égard de personnes travaillant pour de telles entreprises, ainsi que le mode et les conditions d'exercice. Ce point de vue s'accorde avec le jugement de cette Cour dans le renvoi dit *The Hours of Labour Reference*, [1925] R.C.S. 505, et je pense que la législation examinée ici appartient à la même catégorie que celle dont il était question dans cette affaire-là.

Donc, si on peut considérer les matières traitées par la législation dont il est question dans le présent renvoi, comme tombant dans le domaine de la gestion d'entreprises relevant de l'exception du par. 92(10), il n'y aurait pas de place pour une législation provinciale quelconque sur le même sujet et à l'égard d'une telle entreprise, que le champ ait été occupé ou non. [Je souligne.]

Le juge Estey écrit à la p. 564:

[TRADUCTION] Par conséquent, si un système de négociation collective et de dispositions législatives destiné au règlement des conflits dans les relations ouvrières doit être accessible aux employeurs et employés soumis à la compétence législative du Parlement, cet organe seul peut adopter la législation appropriée.

Le juge Cartwright, plus tard Juge en chef, écrit à la p. 583:

[TRADUCTION] Une fois que l'on a décidé que la bonne interprétation de l'art. 53 est celle exposée ci-dessus, il s'ensuit que toute la Partie I de la loi est *intra vires*. Son application se limite aux matières relevant de la compétence exclusive du Parlement et, par conséquent, il importe peu qu'elle empiète sur des matières comme les relations contractuelles entre employés et employeurs dans la province, relations qui autrement seraient attribuées à la compétence des législatures provinciales.

Fauteux J., as he then was, wrote at pp. 585 and 587-88:

... the Act aims mainly at the maintenance or securement of peaceful labour relations between employers and employees, the promotion of conditions favourable to settlement of labour disputes or, more precisely, at peaceful labour operations within this limited field of works, undertakings and businesses as to which the regulation by law is, under the *B.N.A. Act*, committed to the legislative authority of Parliament.

... the Act thus construed is, as submitted on behalf of the Attorney-General of Canada particularly, legislation truly *in relation to* classes of subjects within the legislative competence of Parliament.

Finally, Abbott J. wrote at p. 592:

The right to strike and the right to bargain collectively are now generally recognized, and the determination of such matters as hours of work, rates of wages, working conditions and the like, is in my opinion a vital part of the management and operation of any commercial or industrial undertaking. This being so, the power to regulate such matters, in the case of undertakings which fall within the legislative authority of Parliament lies with Parliament and not with the Provincial Legislatures. [Emphasis added.]

This last passage has been cited so often that it has become practically a classic statement on point. This Court adopted it as a principal basis for its unanimous judgment in *Bell Canada 1966*, at p. 772. It again cited the passage and reaffirmed it in its unanimous judgment in *Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] S.C.R. 851, at pp. 859-60. Finally, it was cited yet again in its unanimous judgment in *Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 S.C.R. 498, at pp. 506-7.

Though the *Stevedoring Case* concerns the validity of federal legislation relating to industrial relations rather than the application of a provincial statute to federal undertakings, its significance here is its at least partial reliance on earlier sources such as the *Postal Service Case 1948*, and in particular the insistence by the majority of judges on emphasizing, even in *obiter*, the exclusive, and consequently primary and not ancillary,

Le juge Fauteux, plus tard Juge en chef, écrit aux pp. 585, 587 et 588:

[TRADUCTION] ... la Loi vise surtout le maintien et la préservation de la paix dans les relations ouvrières, la promotion de conditions favorables au règlement des conflits ouvriers ou, plus précisément, la paix dans les relations ouvrières au sein de ce champ restreint d'ouvrages, entreprises ou affaires dont la réglementation est, d'après l'*A.A.N.B.*, confiée à l'autorité législative du Parlement.

... comme l'a prétendu le procureur général du Canada en particulier c'est une législation *concernant* les catégories de sujets attribuées à la compétence législative du Parlement.

Enfin, le juge Abbott écrit à la p. 592:

[TRADUCTION] Le droit de grève et le droit à la négociation collective sont généralement reconnus de nos jours, et les décisions portant sur des sujets tels que la durée du travail, les taux de salaire, les conditions de travail et autres matières analogues constituent à mon avis une partie essentielle de l'administration et de l'exploitation de toute entreprise commerciale ou industrielle. Ceci étant, le pouvoir de réglementer de telles matières dans les entreprises qui tombent sous l'autorité législative du Parlement revient au Parlement et non aux législatures provinciales. [Je souligne.]

Ce dernier passage a été cité si souvent qu'il est pratiquement devenu classique. Cette Cour l'a fait sien, comme un motif principal de son arrêt unanime dans *Bell Canada 1966* à la p. 772. Elle l'a de nouveau cité et réaffirmé dans son arrêt unanime *Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 851, aux pp. 859 et 860. Enfin elle l'a cité derechef dans son arrêt unanime *Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 R.C.S. 498, aux pp. 506 et 507.

Même si l'*Affaire des débardeurs* porte sur la validité d'une loi fédérale en matière de relations industrielles plutôt que sur l'applicabilité d'une loi provinciale à des entreprises fédérales, ce qui fait son importance aux fins des présentes, c'est son utilisation au moins partielle de sources antérieures telles l'*Affaire du service postal 1948*; c'est surtout l'insistance de la majorité des juges à souligner, même en *obiter*, le caractère exclusif, et

nature of the federal jurisdiction in the area. Finally, there is the vigour and lasting quality of some of the reasons in this decision, especially those of Abbott J., which have been used as a basis for several subsequent decisions, including *Bell Canada 1966*.

In the *Postal Service Case 1948* and the *Stevedoring Case*, the Court had already indicated the outline of an answer to this crucial question: does Parliament's power to legislate on working conditions and labour relations in federal undertakings and on the management of those undertakings derive from its primary, elementary or unassailable jurisdiction over them?—or on the contrary does it derive from the power which is incidental and ancillary to its primary jurisdiction, and which it is recognized as having by Lord Tomlin's third proposition in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111, at p. 118:

(3.) It is within the competence of the Dominion Parliament to provide for matters which, though otherwise within the legislative competence of the provincial legislature, are necessarily incidental to effective legislation by the Parliament of the Dominion upon a subject of legislation expressly enumerated in s. 91.

The answer to this crucial question dictates the answer to the question of whether provincial statutes apply to federal undertakings in the area of working conditions and labour relations and the management of undertakings. Such provincial legislation is inapplicable to federal undertakings when it has the effect of regulating matters which fall within the primary jurisdiction of Parliament.

The question was to be finally resolved by *Bell Canada 1966*.

This was an action brought in the Superior Court by which the Quebec Minimum Wage Commission claimed some \$50,000 from Bell Canada as a levy for 1959 under regulations adopted pursuant to the *Minimum Wage Act*, R.S.Q. 1941, c. 164, s. 8e.:

8. The Commission may make regulations:

par conséquent principal et non pas incident, de la compétence fédérale en la matière; c'est enfin la vitalité et la durabilité de certains de ses motifs, particulièrement ceux du juge Abbott, qui servent d'appui à plusieurs arrêts subséquents dont *Bell Canada 1966*.

Dans l'*Affaire du service postal de 1948* et l'*Affaire des débardeurs*, la Cour avait déjà esquissé une réponse à cette question cruciale: le pouvoir du Parlement de légiférer sur les conditions et les relations de travail des entreprises fédérales et la gestion de ces entreprises découle-t-il de sa compétence principale, élémentaire ou irréductible sur ces entreprises? Ou bien découle-t-il au contraire du pouvoir incident et accessoire à sa compétence principale qui lui est reconnu par la troisième proposition de Lord Tomlin dans *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111, à la p. 118:

[TRADUCTION] (3.) Il est de la compétence du Parlement fédéral de statuer sur des questions qui, bien qu'étant à d'autres égards de la compétence législative des provinces, sont nécessairement accessoires à une législation efficace du Parlement fédéral sur un sujet de législation expressément mentionné à l'art. 91.

De la réponse à cette question cruciale dépend la réponse à la question de l'applicabilité des lois provinciales aux entreprises fédérales, en matière de conditions et de relations de travail ainsi que de gestion des entreprises. De telles lois provinciales sont inapplicables aux entreprises fédérales lorsqu'elles ont pour effet de régir des matières qui relèvent de la compétence principale du Parlement.

La question allait être tranchée définitivement par *Bell Canada 1966*.

Il s'agit d'une action intentée en Cour supérieure par laquelle la Commission du salaire minimum de Québec réclame de Bell Canada une somme de quelque 50 000 \$ à titre de prélèvement pour l'année 1959, aux termes d'un règlement passé en vertu de la *Loi du salaire minimum*, S.R.Q. 1941, chap. 164, art. 8e):

8. La Commission peut faire des règlements pour:

e. To levy on upon the professional employers contemplated by an ordinance a sum not exceeding one per cent of the wages paid to their employees;

The Minimum Wage Commission had also, before adopting the foregoing regulations, enacted an ordinance determining minimum wage rates, working hours, overtime pay and holidays with pay. This ordinance applied to all employees governed by the Act, with certain exceptions that did not include Bell Canada employees. The ordinance was adopted pursuant to s. 13 of the Act:

13. The Commission may, by ordinance, determine, for stated periods of time and for designated territories, the rate of minimum wage payable to any category of employees indicated by it, the terms of payment, working hours, conditions of apprenticeship, the proportion between the number of skilled workmen and that of apprentices in any stated undertaking, the classification of the operations and the other working conditions deemed in conformity with the spirit of the act.

Bell Canada admitted that the *Minimum Wage Act* was constitutionally valid but argued that the Act was not applicable to it.

The action was allowed in the Superior Court but unanimously dismissed by five judges of the Court of Queen's Bench: *Bell Telephone Co. of Canada v. Minimum Wage Commission*, [1966] Q.B. 301. However, the reasons given by the Court of Queen's Bench judges differed. The majority, consisting of Tremblay C.J., Rinfret J.A., as he then was, and Owen J.A., upheld Bell Canada's position on the ground that the fixing of a minimum wage to be paid by this federal undertaking is a matter within the exclusive legislative authority of Parliament and it was not necessary to consider whether there was a conflict between the federal and provincial legislation.

Hyde and Taschereau J.J.A. would also have dismissed the action but for reasons which the headnote writer summarized as follows at p. 301:

The subject matter of the Quebec Minimum Wage Act is one which comes directly within the legislative power of the Provincial Legislature and the jurisdiction of the Parliament of Canada in the same general field must be considered as incidental or ancillary to the

e) Prélever des employeurs professionnels visés par une ordonnance une somme n'excédant pas un pour cent des salaires payés à leurs employés;

La Commission du salaire minimum avait, de plus, avant l'adoption du règlement précité, adopté une ordonnance déterminant les taux de salaire minimum, les heures de travail, le salaire du temps supplémentaire et les vacances payées. Cette ordonnance englobait tous les employés régis par la Loi, sauf certaines exceptions qui ne concernaient pas les employés de Bell Canada. Cette ordonnance avait été adoptée en vertu de l'art. 13 de la Loi:

13. La Commission peut, par ordonnance, déterminer, pour des périodes de temps et des territoires désignés, le taux du salaire minimum payable à toute catégorie de salariés qu'elle indique, les termes de paiement, la durée du travail, les conditions de l'apprentissage, le rapport entre le nombre d'ouvriers qualifiés et celui des apprentis dans une entreprise donnée, la classification des opérations et les autres conditions de travail jugées conformes à l'esprit de la loi.

Bell Canada reconnaissait la validité constitutionnelle de la *Loi du salaire minimum* mais elle contestait qu'elle lui fut applicable.

L'action fut maintenue en Cour supérieure mais rejetée à l'unanimité par cinq juges de la Cour du Banc de la Reine: *Bell Telephone Co. of Canada v. Minimum Wage Commission*, [1966] B.R. 301. Cependant, les motifs des juges de la Cour du Banc de la Reine diffèrent. La majorité, formée du juge en chef Tremblay, du juge Rinfret, plus tard Juge en chef, et du juge Owen, maintient la position de Bell Canada au motif que la fixation du salaire minimum que doit payer cette entreprise fédérale est une matière qui relève de l'autorité législative exclusive du Parlement et qu'il n'y a pas à se demander s'il y a conflit entre la législation fédérale et la législation provinciale.

Les juges Hyde et Taschereau rejetteraient également l'action mais pour des motifs que l'arrêtiste résume comme suit à la p. 301:

[TRADUCTION] La Loi du salaire minimum du Québec porte sur un sujet qui relève directement du pouvoir législatif de la législature provinciale et la compétence que peut avoir le Parlement du Canada dans ce même domaine général doit être considérée comme

latter's powers in respect of its exclusive jurisdiction over works and undertakings of the nature carried on by the said company. The Minimum Wage Act deals not only with minimum wages but also with other matters forming a substantial area of conflict with the Industrial Relations and Disputes Investigation Act, a federal statute within the ancillary and incidental powers of the Parliament of Canada, and does not properly contemplate the said company.

The opinions of both the majority and Hyde and Taschereau J.J.A. include a detailed review of earlier decisions.

In *Bell Canada 1966* this Court agreed with the judges of the majority on the Court of Queen's Bench. Martland J. wrote the unanimous judgment for a bench of seven judges.

At pages 769 and 770, Martland J. cited ss. 8e. and 13 of the *Minimum Wage Act* and stressed the fact that the Commission had in fact adopted pursuant to s. 13 an ordinance which it said was applicable to Bell Canada and which provided *inter alia* for minimum wage rates, hours of work, payment of overtime and holidays with pay.

At page 771 Martland J. wrote:

The appellant's submission is that the legislation in question did apply to the respondent until the federal parliament occupied the field and that this was not done until the enactment, on March 18, 1965, of the *Canada Labour Standards Code*, Statutes of Canada 1964-65, c. 38.

On the same page Martland J. cited the relevant provisions of the *Constitution Act, 1867*:

91. . . . it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

reliée d'une manière secondaire ou accessoire aux pouvoirs qu'il détient du fait de sa compétence exclusive sur les ouvrages et les entreprises comme ceux auxquels se livre la société en question. La Loi du salaire minimum traite non seulement des salaires minimums, mais aussi d'autres sujets, de sorte qu'elle entre dans une grande mesure en conflit avec la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail, une loi fédérale relevant des pouvoirs auxiliaires et accessoires du Parlement du Canada. Par conséquent, la Loi du salaire minimum ne saurait légitimement s'appliquer à ladite société.

De part et d'autre, les juges de la Cour du Banc de la Reine font une étude détaillée de la jurisprudence antérieure.

Dans *Bell Canada 1966*, cette Cour donne raison aux juges de la majorité en Cour du Banc de la Reine. C'est le juge Martland qui rédige le jugement unanime d'un *coram* de sept juges.

Aux pages 769 et 770, le juge Martland cite les art. 8e) et 13 de la *Loi du salaire minimum* et souligne le fait que la Commission avait effectivement adopté, en conformité de l'art. 13, une ordonnance qu'elle prétendait applicable à Bell Canada et qui prescrivait entre autres les taux de salaire minimum, les heures de travail, le salaire du temps supplémentaire et les vacances payées.

À la page 771, le juge Martland écrit:

[TRADUCTION] L'appelante soutient que la législation en question s'appliquait bel et bien à l'intimée jusqu'à ce que le Parlement fédéral ait occupé le champ, et que celui-ci ne l'a fait que lorsqu'il a édicté, le 18 mars 1965, le *Code canadien du travail* (Normes), Statuts du Canada 1964-1965, chap. 38.

À la même page, le juge Martland cite les dispositions pertinentes de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

91. . . . il est par le présent déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

29. Les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par le présent acte aux législatures des provinces.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming with the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

a. Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province;

b. Lines of Steam Ships between the Province and any British or Foreign Country:

c. Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

Martland J. went on at pp. 771-72:

I have quoted these well known provisions of the Act in full because I think it is of assistance to refer back to their actual wording in defining the issue in the present case. The *Minimum Wage Act* is a statute which, inter alia, purports to regulate to an extent the wages to be paid by the respondent to its employees. If the regulation of the wages paid to its employees by an undertaking within the excepted classes in s. 92(10) is a "matter" coming within those classes of subject, then, by virtue of s. 91(29), it is within the exclusive legislative authority of the Canadian Parliament.

The question is, therefore, as to what "matters" are within the classes of legislative subjects defined in that paragraph. Clearly they extend beyond the mere physical structure of, e.g., a railway or a telegraph system. The words "works" and "undertakings" are to be read disjunctively (*Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541) and the word "undertaking" has been defined in *re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 at 315.

In my opinion all matters which are a vital part of the operation of an interprovincial undertaking as a going concern are matters which are subject to the exclusive legislative control of the federal parliament within s. 91(29). It was not disputed in argument that the regulation of the rates to be paid by the respondent's custom-

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

10. Les travaux et entreprises d'une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes:—

a. Lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

b. Lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays dépendant de l'empire britannique ou tout pays étranger;

c. Les travaux qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés par le parlement du Canada être pour l'avantage général du Canada, ou pour l'avantage de deux ou d'un plus grand nombre des provinces;

Le juge Martland poursuit aux pp. 771 et 772:

[TRADUCTION] J'ai cité en entier ces dispositions bien connues de l'Acte, car je pense qu'il est utile de se reporter à leur rédaction exacte pour définir la question que nous avons à trancher en l'espèce. La *Loi du salaire minimum* est un texte législatif qui tend, entre autres choses, à réglementer dans une certaine mesure les salaires que l'intimée doit payer à ses employés. Si la réglementation des salaires que paie à ses employés une entreprise qui fait partie des catégories exceptées du par. 92(10) est une «matière» tombant dans ces catégories de sujets, elle tombe alors, en vertu du par. 91(29), sous l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada.

Il s'agit donc de savoir quelles «matières» tombent dans les catégories de sujets législatifs que définit ce paragraphe. Il est évident qu'elles s'étendent au-delà des ouvrages simplement matériels d'une voie de chemin de fer ou d'un réseau télégraphique, par exemple. Les termes «ouvrages» et «entreprises» doivent se lire séparément (*Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541), et le terme «entreprise» a été défini dans l'arrêt *re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304, p. 315.

À mon avis, toutes les matières qui constituent une partie essentielle de l'exploitation d'une entreprise interprovinciale en tant qu'entreprise active sont des matières soumises au contrôle législatif exclusif du Parlement fédéral, en conformité du par. 91(29). On n'a pas contesté, au cours des débats, que la réglementation des

ers is a matter for federal legislation. In the *Winner* case, *supra*, the regulation of those places at which passengers of an interprovincial bus line might be picked up or to which they might be carried was held not to be subject to provincial control. Similarly, I feel that the regulation and control of the scale of wages to be paid by an interprovincial undertaking, such as that of the respondent, is a matter for exclusive federal control.

I would adopt the statement of Abbott J. in this Court, in the *Reference as to the Validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*:

The right to strike and the right to bargain collectively are now generally recognized, and the determination of such matters as hours of work, rates of wages, working conditions and the like, is in my opinion a vital part of the management and operation of any commercial or any industrial undertaking. This being so, the power to regulate such matters, in the case of undertakings which fall within the legislative authority of Parliament lies with Parliament and not with the Provincial Legislatures. [Emphasis added.]

Martland J. then expressed the view that the foregoing conclusions of Abbott J. did not run counter to decided authorities.

He referred first to *Workmen's Compensation Board* and to the workmen's compensation legislation therein held applicable to federal undertakings, and noted that no mention was made of s. 92(10) of the *Constitution Act, 1867*, and no attempt made to define the scope of the exclusive legislative jurisdiction conferred on Parliament by that provision. Martland J. distinguished this decision from that which he had to render on grounds which I will consider below in examining the double aspect theory.

At pages 774-75, Martland J. cited a passage from Duff J. in *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour, supra*:

It is now settled that the Dominion, in virtue of its authority in respect of works and undertakings falling within its jurisdiction, by force of section 91, no. 29, and sec. 92, no. 10, has certain powers of regulation touching the employment of persons engaged on such works or

tarifs que doivent payer les clients de l'intimée est une matière tombant sous la compétence fédérale. On a jugé dans l'affaire *Winner*, précitée, que la réglementation des endroits où l'on pouvait prendre des voyageurs d'une ligne interprovinciale d'autobus et de ceux où l'on pouvait les déposer ne pouvait être soumise au contrôle provincial. J'estime de même que la réglementation et le contrôle de l'échelle des salaires que doit payer une entreprise interprovinciale comme celle de l'intimée est une matière qui tombe exclusivement sous le contrôle fédéral.

Je fais mienne la déclaration du juge Abbott, de cette Cour, dans *Reference as to the Validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*:

[TRADUCTION] Le droit de grève et le droit à la négociation collective sont généralement reconnus de nos jours, et les décisions portant sur des sujets tels que la durée du travail, les taux de salaire, les conditions de travail et autres matières analogues constituent à mon avis une partie essentielle de l'administration et de l'exploitation de toute entreprise commerciale ou industrielle. Ceci étant, le pouvoir de réglementer de telles matières dans les entreprises qui tombent sous l'autorité législative du Parlement revient au Parlement et non aux législatures provinciales. [Je souligne.]

Le juge Martland exprime ensuite l'avis que les conclusions précitées du juge Abbott ne contredisent en rien la jurisprudence antérieure.

Il réfère d'abord à *Workmen's Compensation Board* et à la législation d'indemnisation des accidents du travail que l'on y juge applicable aux entreprises fédérales et il constate que l'on n'y mentionne pas le par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que l'on n'y tente pas non plus de définir l'étendue de la compétence législative exclusive conférée au Parlement par cette disposition. Le juge Martland distingue cette décision de celle qu'il a à rendre pour des motifs que j'analyserai plus bas dans l'étude de la théorie du double aspect.

Aux pages 774 et 775, le juge Martland cite un passage du juge Duff dans *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, précité:

[TRADUCTION] Il est aujourd'hui bien établi que le Dominion, en vertu de l'autorité que lui donnent sur les ouvrages et entreprises entrant dans sa compétence les par. 91(29) et 92(10), possède certains pouvoirs de réglementation en ce qui concerne l'emploi des person-

undertakings. The effect of such legislation by the Dominion to execution of this power is that provincial authority in relation to the subject matter of such legislation is superseded, and remains inoperative so long as the Dominion legislation continues in force.

Martland J. commented on this quotation and this case as follows:

This case lends some support to the argument that the federal power to legislate on the matter of hours of work in relation to undertakings subject to federal legislation under s. 92(10) is an ancillary rather than an exclusive power, but the issue did not have to be determined in that case.

As is pointed out in the Court below by Rinfret J., the judgment of this Court, delivered by Duff J. in the *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, contains, at p. 214, a reference to the fact that:

“railway legislation, strictly so called” (in respect of such railways), is within the exclusive competence of the Dominion, and such legislation may include, inter alia, regulations for the construction, the repair and the alteration of the railway and for its management.

He referred to the case of *Canadian Pacific Railway v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 at 372.

Again, at p. 226, he says:

As to the first branch, it seems unnecessary to say that a province would be exceeding its powers if it attempted to intervene in matters committed exclusively to Dominion control, by attempting, for example, to interfere with the structure or management of a work withdrawn entirely from provincial jurisdiction, such as a work authorized by the Dominion by legislation in execution of its powers under s. 92(10a).

At pages 775-76, Martland J. continued:

There are two cases in this Court which, in my opinion, bear a closer relationship to the circumstances of the present case than either of the two authorities which I have just considered. The first of these is the *Reference re the Minimum Wage Act of the Province of Saskatchewan*.

nes travaillant dans ces ouvrages ou entreprises. Le fait que le Dominion adopte une telle législation dans l'exercice de ce pouvoir a pour conséquence de lui accorder prépondérance sur l'autorité provinciale en ce qui concerne l'objet d'une telle législation, autorité qui reste inopérante tant que la législation fédérale est en vigueur.

Le juge Martland commente cette citation et cet arrêt comme suit:

[TRADUCTION] Cette affaire-là donne un certain poids à l'argument selon lequel le pouvoir du Dominion de légiférer au sujet de la durée du travail en ce qui concerne les entreprises soumises à la législation fédérale en vertu du par. 92(10) est un pouvoir accessoire et non un pouvoir exclusif, mais cette question n'avait pas à y être tranchée.

Comme le fait remarquer le juge Rinfret, de la Cour du Banc de la Reine, le jugement de cette cour, prononcé par le juge Duff, dans *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200, renferme, à la p. 214, une mention du fait que:

«la législation des chemins de fer dans leur sens le plus étroit» [*railway legislation strictly so called*] (en ce qui concerne lesdits chemins de fer) est de la compétence exclusive du Dominion, et cette législation peut notamment comprendre la réglementation de la construction, des réparations et des modifications du chemin de fer et celle de son administration.

Il a cité l'arrêt *Canadian Pacific Railway v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, p. 372.

Il ajoute encore, à la p. 226:

En ce qui concerne le premier moyen, il semble inutile de préciser qu'une province excéderait ses pouvoirs si elle tentait d'intervenir dans des matières exclusivement assignées au contrôle du Dominion, en essayant par exemple de s'immiscer dans l'organisation ou l'administration d'un ouvrage entièrement soustrait à la compétence provinciale, comme celui qu'a autorisé le Dominion par une loi dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'al. 92(10a).

Aux pages 775 et 776, le juge Martland poursuit:

[TRADUCTION] Il existe deux arrêts de cette cour qui, à mon avis, ont des liens plus étroits avec les circonstances de la présente affaire que les deux décisions que je viens d'examiner. Le premier est *Reference re the Minimum Wage Act of the Province of Saskatchewan*.

Martland J. summarized the facts and opinions of the judges in the *Postal Service Case 1948* and approved the part of the headnote summarizing the opinion of Rinfret C.J., Taschereau and Estey J.J. in that case:

In my view, the conclusion in this case is properly stated in the headnote, as follows:

The employee became employed in the business of the Post Office of Canada and therefore part of the Postal Service. His wages were, as such, within the exclusive legislative field of the Parliament of Canada and any encroachment by provincial legislation on that subject, must be looked upon as being *ultra vires*, whether or not Parliament has or has not dealt with the subject of legislation.

At page 777, Martland J. commented on the resemblance between the *Postal Service Case 1948* and *Bell Canada 1966*:

I see no difference in principle between the position of an employee hired and paid, not by the Crown, but by an individual, but who was engaged in the Postal Service, s. 91(5), and an employee of an interprovincial undertaking, s. 91(29) and s. 92(10), in relation to the exclusive power of the federal parliament to legislate regarding his wage rate.

Then, just before reaching his conclusions, Martland J. cited the *Stevedoring Case* with approval:

The other decision is in respect of the *Reference as to the Validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, to which I have already made some reference. This Court had to consider the validity of federal legislation in the field of labour relations applicable to businesses within the legislative authority of the Parliament of Canada. The Act was held to be within the federal power, and the decision, in my view, did recognize that that field constituted an essential part of the operation of such an undertaking.

With respect, I subscribe to this view. In my opinion, regulation of the field of employer and employee relationships in an undertaking such as that of the respondent's, as in the case of the regulation of the rates which they charge to their customers, is a "matter" coming within the class of subject defined in s. 92(10)(a) and, that being so, is within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada. Consequently, any provincial legislation in that field, while valid in respect

Le juge Martland résume les faits et les opinions des juges dans l'*Affaire du service postal 1948* et il approuve cette partie du sommaire qui résume l'opinion du juge en chef Rinfret et des juges Taschereau et Estey dans cette affaire-là:

[TRADUCTION] À mon avis, le sommaire du jugement tire la conclusion qui convient de cette affaire, dans les termes suivants:

Cet employé est entré au service de l'entreprise que constituent les Postes canadiennes et faisait donc partie du service postal. Son salaire, en tant que tel, est du domaine législatif exclusif du Parlement du Canada et tout empiètement d'une législation provinciale sur ce sujet doit être considéré *ultra vires*, que le Parlement ait légiféré ou non sur ledit sujet.

À la page 777, le juge Martland commente la ressemblance entre l'*Affaire du service postal 1948* et *Bell Canada 1966*:

[TRADUCTION] Je ne perçois aucune différence de principe entre la situation d'un employé engagé et payé non par la Couronne, mais par un particulier, mais qui a été néanmoins engagé dans le service postal (par. 91(5)), et celle de l'employé d'une entreprise interprovinciale (par. 91(29) et 92(10)), en ce qui concerne le pouvoir exclusif du Parlement fédéral de légiférer quant aux taux de son salaire.

Puis, juste avant d'arriver à ses conclusions, le juge Martland s'appuie sur l'*Affaire des débardeurs*:

[TRADUCTION] L'autre décision est l'arrêt *Reference as to the Validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, dont j'ai déjà parlé. Cette Cour devait examiner la validité d'une loi fédérale dans le domaine des relations de travail, loi s'appliquant aux entreprises soumises à l'autorité législative du Parlement du Canada. On a jugé que cette loi entraînait dans les pouvoirs fédéraux et cette décision a reconnu, à mon avis, que ce domaine constituait une partie essentielle de l'exploitation d'une entreprise de ce genre.

Je souscris respectueusement à ce point de vue. À mon avis, la réglementation du domaine des relations entre employeur et employé dans une entreprise analogue à celle de l'intimée, comme celle des tarifs qu'elle exige de ses clients, est une «matière» qui entre dans la catégorie de sujets que définit l'al. 92(10)(a) et, ceci étant, elle est de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada. Par suite, toute législation provinciale en ce domaine, bien que valable à l'égard des employeurs qui

of employers not within exclusive federal legislative jurisdiction, cannot apply to employers who are within that exclusive control.

I think it is quite impossible to distinguish the circumstances of the case at bar from those of *Bell Canada 1966*. The working conditions and labour relations as well as the management of federal undertakings such as Bell Canada, are matters falling within the classes of subject mentioned in s. 91(29) of the *Constitution Act, 1867*, and consequently fall within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada.

Moreover, as I indicated at the start of these reasons, the exclusivity rule approved by *Bell Canada 1966* does not apply only to labour relations or to federal undertakings. It is one facet of a more general rule against making works, things or persons under the special and exclusive jurisdiction of Parliament subject to provincial legislation, when such application would bear on the specifically federal nature of the jurisdiction to which such works, things or persons are subject.

This rule dates back to *Bonsecours*, in which the Judicial Committee of the Privy Council held that municipal legislation and regulations regarding ditches applied to a ditch alongside a federal railway when those rules are limited to the maintenance of the ditches and clearance of obstacles which might obstruct them, but would not apply if they specified what the structural form of the ditches should be, such as their width or depth.

In *Bonsecours* there is also the following oft-cited passage at p. 372:

Accordingly, the Parliament of Canada has, in the opinion of their Lordships, exclusive right to prescribe regulations, for the construction, repair and alteration of the railway, and for its management . . . [Emphasis added.]

An analogous distinction was again made some twelve years ago in *Natural Parents*. One of the questions presented in that case was whether the British Columbia *Adoption Act*, a law of general

ne relèvent pas de la compétence législative exclusive du Parlement fédéral, ne peut s'appliquer à des employeurs qui sont soumis à ce contrôle exclusif.

Il me paraît tout à fait impossible de distinguer les circonstances de l'espèce de celles de *Bell Canada 1966*. Les conditions et les relations de travail ainsi que la gestion des entreprises fédérales comme Bell Canada sont des matières qui tombent dans les catégories de sujets visées par le par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et relèvent donc de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada.

Au surplus, et comme je l'ai indiqué au début de ces motifs, la règle d'exclusivité sanctionnée par *Bell Canada 1966* ne joue pas seulement en matière de relations de travail ou pour les entreprises fédérales. C'est là une facette d'un principe plus global, lequel interdit la sujétion des ouvrages, des choses ou des personnes qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement aux lois provinciales, lorsqu'une telle sujétion aurait pour conséquence d'atteindre ces ouvrages, choses ou personnes dans ce qui constitue leur spécificité fédérale.

Cette règle est aussi ancienne que *Bonsecours* où le Comité judiciaire du Conseil privé décide qu'une législation et une réglementation municipales relatives aux fossés s'appliquent à un fossé longeant une voie ferrée fédérale dans la mesure où il s'agit de l'entretien des fossés et de la suppression des obstacles qui pourraient les obstruer, mais qu'elles ne s'y appliqueraient pas si elles prescriaient quelle doit être la forme structurale des fossés, par exemple leur largeur ou leur profondeur.

Dans *Bonsecours*, on trouve également à la p. 372 le passage suivant, souvent cité:

[TRADUCTION] Par conséquent, selon leurs Seigneuries, le Parlement du Canada a le droit exclusif de prescrire des règlements pour la construction, les réparations et les modifications des chemins de fer et pour leur gestion . . . [Je souligne.]

Une distinction analogue a été reprise il y a une douzaine d'années dans les *Parents naturels*. L'une des questions qui se posaient dans cet arrêt était celle de savoir si l'*Adoption Act* de la Colombie-

application, had been incorporated by reference in the *Indian Act*, under s. 88 of the latter Act. Laskin C.J., writing for himself and for Judson and Spence JJ. and Dickson J., as he then was, answered this question in the affirmative on the ground that s. 88 covered only provincial statutes of general application which cannot apply to Indians without affecting them in their "Indianness". Laskin C.J. wrote at pp. 759-61:

There was no challenge in this Court to the general and long-established proposition found in *Union Colliery Co. of British Columbia Ltd. v. Bryden*, [1899] A.C. 580, at p. 588, that "the abstinence of the Dominion Parliament from legislating to the full limit of its powers could not have the effect of transferring to any provincial legislature the legislative power which had been assigned to the Dominion by s. 91 of the Act of 1867". It cannot be said therefore that because a provincial statute is general in its operation, in the sense that its terms are not expressly restricted to matters within provincial competence, it may embrace matters within exclusive federal competence. Thus, to take an example, it has been held by this Court that general mechanics' lien legislation of a province could not be enforced against the property of an interprovincial pipeline: *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207. Again, provincial minimum wage legislation was held inapplicable to the employees of an interprovincial communications enterprise: see *Minimum Wage Commission v. Bell Telephone Co. of Canada Ltd.*, [1966] S.C.R. 767, and, similarly, inapplicable to employees of a local contract postmaster: see *Reference re Saskatchewan Minimum Wage Act*, [1948] S.C.R. 248. This is because to construe the provincial legislation to embrace such activities would have it encroaching on an exclusive federal legislative area. On the other hand, provincial hours of work legislation was held applicable to employees of a hotel owned and operated by a railway company but not as an integral part of its transportation system: see *C.P.R. v. Attorney-General of British Columbia*, [1950] A.C. 122.

... the *Adoption Act* did not purport to extend to areas of exclusive federal competence, e.g. Indians. It could only embrace them if the operation of the Act did not deal with what was integral to that head of federal

Britannique, une loi d'application générale, avait été incorporée par renvoi à la *Loi sur les Indiens*, en vertu de l'art. 88 de cette dernière loi. Le juge en chef Laskin, qui écrit pour lui-même ainsi que pour les juges Judson, Spence et Dickson, plus tard Juge en chef, répond à cette question par l'affirmative au motif que l'art. 88 ne vise que les lois provinciales d'application générale qui ne peuvent s'appliquer aux Indiens sans les toucher en tant qu'Indiens. Le juge en chef Laskin écrit aux pp. 759 à 761:

Personne n'a contesté devant cette Cour le principe général depuis longtemps acquis, énoncé dans *Union Colliery Co. of British Columbia Ltd. v. Bryden*, [1899] A.C. 580, à la p. 588, selon lequel [TRADUCTION] «le fait que le Parlement du Dominion s'abstient de légiférer dans la plénitude de ses pouvoirs ne saurait avoir pour effet de transférer à une législature provinciale la compétence législative conférée au Dominion par l'art. 91 de l'Acte de 1867». Par conséquent, on ne peut prétendre qu'une loi provinciale peut embrasser des matières relevant exclusivement de la juridiction fédérale simplement parce que cette loi est d'application générale, c'est-à-dire que sa portée n'est pas expressément restreinte aux matières de juridiction provinciale. Ainsi, par exemple, cette Cour a décidé qu'une loi provinciale portant sur le privilège foncier des constructeurs est inapplicable à un pipe-line interprovincial: *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207. De même, on a jugé inapplicable aux employés d'une entreprise interprovinciale de communications une loi provinciale du salaire minimum: voir *Commission du salaire minimum c. Bell Canada*, [1966] R.C.S. 767, et, dans la même veine, aux employés d'un maître de poste local: voir *Renvoi relatif au Saskatchewan Minimum Wage Act*, [1948] R.C.S. 248. S'il en est ainsi, c'est parce qu'interpréter une loi provinciale de façon qu'elle embrasse de telles activités équivaut à la faire empiéter sur un domaine de juridiction exclusivement fédérale. D'autre part, une loi provinciale portant sur les heures de travail a été déclarée applicable aux employés d'un hôtel qui appartenait à une compagnie ferroviaire et était exploité par elle, mais ne faisait pas partie de son réseau de transport: voir *La Compagnie de chemin de fer canadien du Pacifique c. Le procureur général de la Colombie-Britannique*, [1950] A.C. 122.

... le texte de l'*Adoption Act* ne prétend pas englober un domaine relevant exclusivement de l'autorité fédérale, p. ex. les Indiens. Il ne peut s'y étendre que si son application ne touche pas une matière soumise à l'auto-

legislative power, there being no express federal legislation respecting adoption of Indians. It appears to me to be unquestionable that for the provincial *Adoption Act* to apply to the adoption of Indian children of registered Indians, who could be compelled thereunder to surrender them to adopting non-Indian parents, would be to touch "Indianness", to strike at a relationship integral to a matter outside of provincial competence. This is entirely apart from the question whether, if referentially incorporated, the *Adoption Act* could have any force in the face of various provisions of the *Indian Act*, securing certain benefits for Indians.

Counsel for the respondents cited a number of cases holding Indians to be subject to provincial legislation. Among them was *Rex v. Hill* (1907), 15 O.L.R. 406, and *Rex v. Martin* (1917), 41 O.L.R. 79. These, and other like cases, are simply illustrative of the amenability of Indians off their reservations to provincial regulatory legislation, legislation which, like traffic legislation, does not touch their "Indianness". Such provincial legislation is of a different class than adoption legislation which would, if applicable as provincial legislation *simpliciter*, constitute a serious intrusion into the Indian family relationship. It is difficult to conceive what would be left of exclusive federal power in relation to Indians if such provincial legislation was held to apply to Indians. Certainly, if it was applicable because of its so-called general application, it would be equally applicable by expressly embracing Indians. Exclusive federal authority would then be limited to a registration system and to regulation of life on a reserve.

The fallacy in the position of the respondents in this case and, indeed, in that of all the intervenors, including the Attorney General of Canada, is in the attribution of some special force or special effect to a provincial law by calling it a "provincial law of general application", as if this phrase was self-fulfilling if not also self-revealing. Nothing, however, accretes to provincial legislative power by the generalization of the language of provincial legislation if it does not constitutionally belong there.

Laskin C.J. then discussed the case law dealing with the application to federally incorporated companies of the general companies legislation of a province. He went on, at pp. 762, 763 and 764:

The particular results in those two cases are of no direct relevance here, but simply illustrate the care that must

rité législative fédérale, puisqu'il n'existe aucune loi fédérale visant expressément l'adoption des Indiens. Il me paraît incontestable que l'application de l'*Adoption Act* provincial à l'adoption d'enfants d'Indiens inscrits qui se verraient alors contraints, en vertu de cette Loi, de les abandonner aux mains de parents adoptifs non indiens, porterait atteinte à la quiddité indienne et aux liens personnels qui font partie intégrante d'une matière qui ne relève pas de l'autorité provinciale. Cela est étranger à la question de la validité de l'*Adoption Act*, à supposer qu'il soit incorporé par renvoi, dans la mesure où il peut assurer certains avantages aux Indiens en regard des dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

L'avocat des intimés a cité un bon nombre de décisions où la législation provinciale a été jugée applicable aux Indiens. Il a cité, entre autres, *Rex v. Hill* (1907), O.L.R. 406, et *Rex v. Martin* (1917), 41 O.L.R. 79. Ces décisions, et autres semblables, illustrent simplement l'assujettissement des Indiens à la législation provinciale, lorsqu'ils sont à l'extérieur des réserves, ces lois, à l'instar de celles qui régissent la circulation routière, ne touchent pas à la quiddité indienne. Elles sont d'une nature différente de la législation sur l'adoption qui, si elle était applicable en tant que loi provinciale *simpliciter*, toucherait sérieusement aux rapports familiaux chez les Indiens. On voit difficilement ce qui resterait de l'autorité fédérale exclusive sur les Indiens si la législation provinciale de cette nature est jugée applicable aux Indiens. Si on la déclare applicable parce qu'elle est censément d'application générale, elle le serait également en visant expressément les Indiens. L'autorité fédérale exclusive en cette matière ne porterait plus alors que sur un système d'enregistrement et sur les règles à observer au sein de la réserve.

La faiblesse de l'argumentation des intimés et de tous les intervenants, y compris le procureur général du Canada, réside dans l'attribution d'une valeur ou portée spéciale à la législation provinciale uniquement parce qu'on la qualifie de «loi provinciale d'application générale», comme si cette qualité était en soi suffisante, sinon déterminante. Mais la généralité des termes d'une loi provinciale n'a pas pour effet d'accroître le pouvoir législatif provincial si cet accroissement est constitutionnellement impossible.

Le juge en chef Laskin discute ensuite de la jurisprudence portant sur l'application aux compagnies à charte fédérale, des lois générales sur les compagnies en vigueur dans une province. Puis il continue aux pp. 762, 763 et 764:

Les décisions rendues dans ces deux affaires n'ont aucune incidence en l'espèce, mais elles illustrent sim-

be taken in the analysis of the issues and of the provincial legislation before subjecting federally incorporated companies to general provincial companies legislation. I cannot believe that any less care should be taken in analysis before subjecting Indians, coming as they do within a specific head of exclusive federal jurisdiction, to general provincial legislation, unless the inclusion of Indians within the scope of the provincial legislation touches them as ordinary persons and in a way that does not intrude on their Indian character or their Indian identity and relationship.

I would add that to give a primary effect to so-called "provincial laws of general application", in the face of s. 88 of the *Indian Act*, is to fall into the same trap that was noted by Judson J. in *Nykorak v. Attorney-General of Canada*, [1962] S.C.R. 331. The fact is that we are concerned here with a federal enactment which would be robbed of any meaning if the respondents' and intervenors' submissions went as far as they appeared to carry them. When s. 88 refers to "all laws of general application from time to time in force in any province" it cannot be assumed to have legislated a nullity but, rather, to have in mind the provincial legislation which, *per se*, would not apply to Indians under the *Indian Act* unless given force by federal reference.

I am fully aware of the contention that it is enough to give force to the several opening provisions of s. 88, which, respectively, make the "provincial" reference subject to the terms of any treaty and any other federal Act and subject also to inconsistency with the *Indian Act* and orders, rules, regulations or by-laws thereunder. That contention would have it that s. 88 is otherwise declaratory. On this view, however, it is wholly declaratory save perhaps in its reference to "the terms of any treaty", a strange reason, in my view, to explain all the other provisions of s. 88. I think too that the concluding words of s. 88, "except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act" indicate clearly that Parliament is indeed effecting incorporation by reference. To hold otherwise would be to reject the proposition quoted earlier from the *Union Colliery Co.* case and to treat the distribution of legislative powers as being a distribution of concurrent powers. [Emphasis added.]

The view of Laskin C.J. was approved by a unanimous decision of this Court, *Dick v. The Queen*, *supra*, at p. 327. Furthermore, the following passage is to be found at p. 322 of that case:

plement le soin qu'il faut accorder à l'analyse des points litigieux et de la législation provinciale avant d'assujettir les compagnies à charte fédérale aux lois générales sur les compagnies en vigueur dans une province. J'estime qu'il convient de procéder à une analyse tout aussi soigneuse avant d'assujettir les Indiens, qui font l'objet d'une catégorie spécifique sous l'autorité exclusive du fédéral, aux lois provinciales générales, à moins que celles-ci ne soient applicables aux Indiens en tant que citoyens ordinaires, sans porter atteinte à leur caractère, leur identité ou leur quiddité d'Indiens.

Je tiens à ajouter que le fait de donner priorité aux soi-disant «lois provinciales d'application générale», en dépit de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, revient à donner dans le piège dont parle le juge Judson dans *Nykorak c. Le procureur général du Canada*, [1962] R.C.S. 331. En fait, dans la présente situation, une loi fédérale perdrait toute signification si l'on acceptait au pied de la lettre les allégations des intimés et des intervenants. Lorsque l'art. 88 parle de «toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province», on ne peut présumer qu'il se reporte à des lois sans effet, mais plutôt à des lois provinciales qui, en tant que telles, sont inapplicables aux Indiens aux termes de la *Loi sur les Indiens* à moins qu'un renvoi fédéral ne décrète le contraire.

Je n'ignore pas la prétention selon laquelle il suffit de donner effet aux dispositions initiales de l'art. 88 qui subordonnent le renvoi «provincial» aux dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale et à l'incompatibilité avec la *Loi sur les Indiens* ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime. Selon cette prétention, l'art. 88 serait pour le surplus déclaratoire, et même entièrement, sauf peut-être lorsqu'il parle «des dispositions de quelque traité». À mon avis, ce serait une explication étrange des autres dispositions de l'art. 88. J'estime également que la fin de l'art. 88, «sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant», dénote clairement l'intention du Parlement d'effectuer l'incorporation par renvoi. Tirer une conclusion différente revient à rejeter le principe formulé dans l'arrêt *Union Colliery Co.*, que j'ai cité précédemment, et à considérer la distribution des pouvoirs législatifs comme une distribution de pouvoirs parallèles [conjointes]. [Je souligne.]

Le point de vue du juge en chef Laskin a été endossé par un arrêt unanime de cette Cour, *Dick c. La Reine*, précité, à la p. 327. On trouve incidemment à la p. 322 de ce dernier arrêt le passage suivant:

The *Wildlife Act* does not differ in this respect from a great many provincial labour laws which are couched in general terms and which, taken literally, would apply to federal works and undertakings. So to apply them however would make them regulate such works and undertaking *[sic]* under some essentially federal aspects. They are accordingly read down so as not to apply to federal works and undertakings: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178.

This is the same rule of exclusive jurisdiction observed in *Derrickson v. Derrickson*, *supra*, where the Court held that the provisions of the British Columbia *Family Relations Act* dealing with the division of family property were not applicable to lands reserved for Indians. Chouinard J., writing the unanimous reasons of seven members of this Court, said at p. 296:

The right to possession of lands on an Indian reserve is manifestly of the very essence of the federal exclusive legislative power under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. It follows that provincial legislation cannot apply to the right of possession of Indian reserve lands.

When otherwise valid provincial legislation, given the generality of its terms, extends beyond the matter over which the legislature has jurisdiction and over a matter of federal exclusive jurisdiction, it must, in order to preserve its constitutionality, be read down and given the limited meaning which will confine it within the limits of the provincial jurisdiction.

It follows that the provisions of the *Family Relations Act* dealing with the right of ownership and possession of immovable property, while valid in respect of other immovable property, cannot apply to lands on an Indian reserve.

2. Criticism of Bell Canada 1966

Bell Canada 1966 has been criticized by certain commentators: see, for example, "Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism", by Professor Dale Gibson (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 40, at pp. 53-57; "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism", by Professor Paul C. Weiler (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, at pp. 340-43

À cet égard, la *Wildlife Act* n'est pas différente d'un bon nombre de lois provinciales en matière de droit du travail qui sont rédigées en des termes généraux et qui, si elles étaient interprétées littéralement, viseraient les entreprises et les ouvrages fédéraux. Mais, ainsi appliquées, elles auraient pour effet de réglementer ces entreprises et ouvrages sous des aspects essentiellement fédéraux. Par conséquent, on leur donne une interprétation atténuée de manière à y faire échapper les entreprises et les ouvrages fédéraux: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Letter Carriers' Union of Canada c. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 R.C.S. 178.

C'est la même règle d'exclusivité des compétences qui est observée dans *Derrickson c. Derrickson*, précité, où l'on décide que les dispositions de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, relative au partage des biens familiaux, sont inapplicables aux terres réservées aux Indiens. Le juge Chouinard qui a rédigé les motifs unanimes de sept membres de cette Cour écrit, à la p. 296:

Le droit de posséder des terres sur une réserve indienne relève manifestement de l'essence même de la compétence législative fédérale exclusive que confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'ensuit que la loi provinciale ne peut s'appliquer au droit de possession sur les terres des réserves indiennes.

Lorsqu'une loi provinciale, par ailleurs valide, compte tenu de la généralité de ses termes, s'étend hors du domaine où la législature peut exercer sa compétence provinciale, à une matière de compétence fédérale exclusive, elle doit, pour demeurer constitutionnelle, être atténuée et recevoir le sens restreint qui la confine au champ de compétence provinciale.

Il s'ensuit que les dispositions de la *Family Relations Act* qui traitent du droit de propriété et de possession d'un immeuble, quoique valides dans le cas d'un autre immeuble, ne peuvent s'appliquer aux terres d'une réserve indienne.

2. Critique de Bell Canada 1966

L'arrêt *Bell Canada 1966* a été critiqué par quelques commentateurs. Voir par exemple «Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism», par le professeur Dale Gibson (1969), 47 *R. du B. can.* 40, aux pp. 53 à 57; «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism», par le professeur Paul C. Weiler (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, aux

and 363; *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), by Professor Peter W. Hogg, at pp. 329-32 and 465-66.

These analyses have much in common and I think it will suffice to consider the comments of Professor Hogg, which are in greater detail and more recent.

Professor Hogg writes at pp. 330-31:

It is important to notice that these interjurisdictional immunity decisions did not concern provincial laws which singled out federal undertakings for special treatment. On the contrary, the laws which were held inapplicable to the federal matter were laws of general application whose validity in most of their applications could not be doubted. Nor were the decisions based on the paramountcy doctrine: in none of the cases was there a conflicting federal law in existence. The theory behind the results appears to be that federal heads of power not only confer power on the federal Parliament, but also operate "defensively" to deny power to the provincial Legislatures. In my view, this theory is inconsistent with the basic pith and substance doctrine—that a law "in relation to" a provincial matter may validly "affect" a federal matter.

From a policy standpoint, the immunity of federal undertakings seems unnecessary, because the federal Parliament can, if it chooses, easily protect undertakings within federal jurisdiction from the operation of provincial laws by enacting appropriate laws which will be paramount over conflicting provincial laws.

(Footnote references omitted.)

Professor Hogg also writes, at pp. 465-66:

The Court held [in *Bell Canada 1966*] that rates of pay and hours of work were "vital parts" of the interprovincial undertaking, and that all such vital parts were subject to the exclusive legislative control of the federal Parliament. Therefore, although the provincial law was valid in its application to most employment in the province, it could not constitutionally apply to employment in a federally-regulated industry.

pp. 340 à 343 et à la p. 363; *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), par le professeur Peter W. Hogg, aux pp. 329 à 332 et 465 à 466.

^a Ces critiques se ressemblent sur beaucoup de points et il me paraît suffisant de considérer celles du professeur Hogg qui sont plus élaborées et plus récentes.

^b Le professeur Hogg écrit aux pp. 330 et 331:

[TRADUCTION] Il importe de faire remarquer que, dans ces décisions portant sur l'exclusivité des compétences, il ne s'agissait pas de lois provinciales prévoyant un traitement différent pour les entreprises fédérales. Au contraire, les lois qui ont été jugées inapplicables aux matières fédérales étaient des lois d'application générale de la validité desquelles, dans la plupart de leurs applications, on ne pouvait douter. Ces décisions ne reposaient pas non plus sur le principe de la prépondérance, car dans aucune des affaires en question il n'existait de loi fédérale incompatible. La théorie qui sous-tend les résultats semble être que les chefs de compétence fédérale n'ont pas seulement pour effet de conférer des pouvoirs au Parlement, mais ils s'appliquent aussi «défensivement» de manière à refuser ces pouvoirs aux législatures provinciales. À mon avis, cette théorie est incompatible avec le principe fondamental du caractère véritable, suivant lequel une loi «relative à» une matière provinciale peut régulièrement «toucher» une matière fédérale.

^c Sur le plan de la politique générale, l'exclusivité relative aux entreprises fédérales paraît superflue parce que le législateur fédéral peut, s'il le veut, facilement protéger les entreprises relevant de la compétence fédérale contre l'application de lois provinciales en adoptant des lois appropriées qui auront prépondérance sur les lois provinciales incompatibles.

^d (Les renvois aux notes infra-paginales sont omis.)

^e Le professeur Hogg écrit également, aux pp. 465 et 466:

[TRADUCTION] La Cour a statué [dans l'arrêt *Bell Canada 1966*] que les taux de rémunération et les heures de travail constituaient des «parties essentielles» de l'entreprise interprovinciale et que toutes ces parties essentielles étaient soumises au contrôle législatif exclusif du Parlement fédéral. Par conséquent, bien que la loi provinciale fût valide dans son application à la plupart des emplois dans la province, elle ne pouvait constitutionnellement s'appliquer aux emplois dans une industrie réglementée par le fédéral.

The [*Bell Canada 1966*] case appears to have settled the issue of legislative jurisdiction over employment in the federal sectors in favour of exclusive federal power. In my opinion the Court came down on the wrong side of the issue. If *Toronto Electric Commissioners v. Snider* and the *Labour Conventions* case decided anything, it was that employment was a "matter" which came within "property and civil rights in the province". The regulation of collective bargaining or employment standards in federal industries should surely still be regarded as in relation to employment—as well as in relation to the particular industry. The law has a double aspect, and should therefore be open to both levels of government.

(Footnote references omitted.)

This analysis gives rise to several observations.

The first is that the criticism says nothing of the close study by Martland J. in *Bell Canada 1966* of the relevant provisions of ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

The second observation is that this analysis does not address the essential question raised and answered by Martland J.: the critics refrain from defining the content of the exclusive legislative authority of Parliament over federal undertakings. This is necessary because the effect of s. 91(29) and the exceptions in s. 92(10) is to create exclusive classes of subject, those of federal undertakings, to which a basic, minimum and unassailable content has to be assigned to make up the matters falling within these classes. Martland J. considered that the management of these undertakings and their labour relations are matters which are part of this basic and unassailable minimum, as these matters are essential and vital elements of any undertaking. How is it possible to disagree with this? How can the exclusive power to regulate these undertakings not include at least the exclusive power to make laws relating to their management? Additionally, just as the management of the undertaking and working conditions determined by agreement or by operation of law are parts of the same whole in labour law, how can the exclusive power to legislate as to management of an undertaking not include the equally exclusive power to

L'affaire [*Bell Canada 1966*] paraît avoir réglé dans le sens d'un pouvoir fédéral exclusif la question de la compétence législative sur l'emploi dans les secteurs relevant du gouvernement fédéral. À mon avis, cet arrêt est mal fondé. L'arrêt *Toronto Electric Commissioners v. Snider* et l'*Affaire des conventions du travail* établissent tout au moins que l'emploi est une «matière» qui tombe sous la rubrique «la propriété et les droits civils dans la province». La réglementation de la négociation collective ou des normes de travail dans les industries fédérales doit certainement continuer d'être considérée comme intéressant l'emploi en même temps que l'industrie particulière qui est visée. Il y a double aspect et les deux paliers de gouvernement doivent donc pouvoir légiférer dans ce domaine.

(Les renvois aux notes infra-paginales sont omis.)

Ces critiques appellent plusieurs observations.

La première observation, c'est que ces critiques passent sous silence l'exégèse serrée à laquelle se livre le juge Martland, dans *Bell Canada 1966*, vis-à-vis les textes pertinents des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La deuxième observation, c'est que ces critiques ne se posent pas la question essentielle que pose et tranche le juge Martland; elles s'abstiennent en effet de définir le contenu de la compétence législative exclusive du Parlement sur les entreprises fédérales. Il incombe de le faire car devant le par. 29 de l'art. 91 et les exceptions du par. 10 de l'art. 92, on se trouve en présence de catégories exclusives de sujets, celles des entreprises fédérales, auxquelles il faut bien assigner un contenu minimum élémentaire et irréductible sous forme de matières tombant dans ces catégories. Le juge Martland considère que la gestion de ces entreprises et leurs relations de travail sont des matières qui font partie de ce minimum élémentaire et irréductible car il s'agit là d'éléments essentiels ou vitaux pour toute entreprise. Comment pourrait-on ne pas être d'accord? Comment le pouvoir exclusif de réglementer ces entreprises ne comprendrait-il pas au moins le pouvoir exclusif de faire des lois relatives à leur gestion? Et, comme en droit du travail, le pouvoir de gestion de l'entreprise et les conditions de travail déterminées par convention ou par la loi sont des vases communicants, comment le pouvoir exclusif de légiférer sur la gestion ne compren-

make laws regarding its labour relations? To deny this, as the critics have done, is to strip the exclusive federal power of its primary content and transform it simply into a power to make ancillary laws connected to a primary power with no real independent content, apart from the power to regulate rates and the availability and quality of services such as telephone services or railway services. The latter undoubtedly fall within the exclusive classes of subject represented by such federal undertakings, but there is nothing in the constitutional provisions, rules or precedents to indicate that the exclusive legislative authority of Parliament must or may be confined to so narrow a field. Indeed, rates and the availability and quality of services are inseparable from the wage scale that the undertaking must pay, the availability of its manpower, leave, vacation—in short, working conditions. This is why in *Bell Canada 1966* Martland J. refers at p. 772 to rates and services in their relation to wages, and it is why he comes back to this at p. 777 in arriving at his conclusions.

Professor Hogg writes that the theory which is the basis of *Bell Canada 1966* not only confers a power on Parliament but operates defensively to deny the power of the Legislature. In my view, and I say so with the greatest respect, this theory does not confer on Parliament any power that it does not already have, since it is an integral and vital part of its primary legislative authority over federal undertakings. If this power is exclusive, it is because the Constitution, which could have been different but is not, expressly specifies this to be the case; and it is because this power is exclusive that it pre-empts that of the legislatures both as to their legislation of general and specific application, in so far as such laws affect a vital part of a federal undertaking. The exclusivity rule is absolute and does not allow for any distinction between these two types of statute. However, the pith and substance doctrine does require a distinction to be made between these two types of statute, as well as between laws of general application and their

drait-il pas le pouvoir, également exclusif, de faire des lois sur les conditions de travail? Le nier, comme le font les critiques, c'est vider la compétence fédérale exclusive de son contenu principal et la transformer en un pouvoir de faire des lois simplement incidentes qui ne se rattachent plus qu'à un pouvoir principal sans substance véritablement autonome, tel le pouvoir de régir la tarification ainsi que la disponibilité et la qualité de services comme les services téléphoniques ou les services de transport ferroviaire. Sans doute ces dernières matières tombent-elles aussi dans les catégories exclusives de sujets que constituent ces entreprises fédérales mais rien dans les textes constitutionnels, les principes ou les arrêts n'indique que la compétence législative exclusive du Parlement doive ou puisse être confinée à un domaine aussi exigü. La tarification en effet, ainsi que la disponibilité et la qualité des services, sont indissociables de la masse salariale que l'entreprise doit payer, de la disponibilité de sa main-d'œuvre, des congés, des vacances, c'est-à-dire des conditions de travail. C'est pourquoi, dans *Bell Canada 1966*, à la p. 772, le juge Martland réfère à la tarification et aux services dans leurs rapports avec les salaires, et c'est pourquoi il y revient à la p. 777 au moment où il arrive à ses conclusions.

Le professeur Hogg écrit que la théorie qui est le fondement de *Bell Canada 1966* non seulement confère un pouvoir au Parlement, mais opère de façon défensive pour nier le pouvoir de la Législature. À mon avis, et je l'exprime avec les plus grands égards, cette théorie ne confère au Parlement aucun pouvoir qu'il ne possède déjà puisqu'il fait partie intégrante et essentielle de sa compétence législative principale sur les entreprises fédérales. Si ce pouvoir est exclusif, c'est parce que les textes constitutionnels, qui auraient pu être différents mais qui ne le sont pas, le prescrivent expressément. Et c'est parce que ce pouvoir est exclusif qu'il écarte celui des législatures tant pour leurs lois d'application générale que pour leurs lois d'application particulière en autant qu'elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale. La règle de l'exclusivité est absolue et ne permet pas de distinguer entre ces deux types de lois. Cependant, la théorie du caractère véritable de la loi («*pith and substance doctrine*») oblige, elle, à dis-

application to particular institutions. General legislation on the management and working conditions of undertakings is legislation on matters falling within the property and civil rights class. But particular legislation on the management of federal undertakings and their working conditions, like that in the *Canada Labour Code*, is legislation on matters falling within an exclusively federal class of subjects, that of federal undertakings. The particular effect of general provincial laws that would result from their application to federal undertakings would, in the case at bar, constitute an encroachment on the exclusive jurisdiction of Parliament. The rule of the exclusive nature of fields of jurisdiction does not depend on a legislative drafting technique, as is clearly indicated by the following example given by Professor Dale Gibson in "The 'Federal Enclave' Fallacy in Canadian Constitutional Law" (1976), 14 *Alta. L. Rev.* 167, at p. 172:

Most instances of interjurisdictional immunity arise as corollaries of the manner in which law-making powers are distributed between the Parliament of Canada and the provincial legislatures under the British North America Act

A. *Provincial legislation aimed at matters under federal jurisdiction.*

This is the most obvious area of exemption. If a province enacted a statute regulating the noise caused by aircraft taking off and landing in the province, the statute would be wholly inoperative because it purported to deal with aviation, which is a matter within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada. Similarly, provincial statutes enacting special provisions for national parks, Indian reserves, defence establishments, and so on, would probably be ruled *ultra vires* on the ground that they dealt with subjects beyond the competence of the province.

B. *General provincial legislation affecting essential aspects of matters under federal jurisdiction.*

Even if a province were to enact a *general* anti-noise statute aimed at every type of noisy activity

tinguer entre ces deux types de lois, de même qu'entre les lois d'application générale et leur application à des institutions particulières. Les lois d'application générale relatives à la gestion des entreprises et aux conditions de travail sont des lois relatives à des matières qui tombent dans la catégorie de matières de la propriété et des droits civils. Mais des lois particulières relatives à la gestion des entreprises fédérales et à leurs conditions de travail, comme celles que l'on trouve en l'espèce dans le *Code canadien du travail*, sont des lois relatives à des matières qui tombent dans une catégorie de sujets exclusivement fédérale, celle des entreprises fédérales. La particularisation des lois provinciales d'application générale qui résulterait de leur application à des entreprises fédérales constituerait en l'espèce un empiètement sur la compétence exclusive du Parlement. Le principe de l'exclusivité des champs de compétences n'est pas tributaire d'une technique de rédaction législative, comme l'indique clairement l'exemple suivant donné par le professeur Dale Gibson dans «The 'Federal Enclave' Fallacy in Canadian Constitutional Law» (1976), 14 *Alta. L. Rev.* 167, à la p. 172:

[TRADUCTION] La plupart des cas d'application du principe de l'exclusivité des compétences se manifestent comme conséquences naturelles de la manière dont les pouvoirs législatifs sont partagés entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique . . .

A. *Lois provinciales visant des matières relevant de la compétence fédérale.*

Il s'agit ici du cas le plus évident d'inapplicabilité. Si une province adoptait une loi réglementant le bruit causé par les aéronefs qui décollent et atterrissent dans la province, cette loi serait tout à fait inopérante parce qu'elle porterait sur l'aviation, matière qui relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada. De même, des lois provinciales contenant des dispositions spéciales visant les parcs nationaux, les réserves indiennes, les établissements de la défense, etc., seraient probablement jugées *ultra vires* pour le motif qu'elles porteraient sur des sujets hors de la compétence de la province.

B. *Lois provinciales générales touchant à des aspects essentiels de matières relevant de la compétence fédérale.*

Même si une province devait adopter une loi antibruit de portée *générale* visant toutes les espè-

and every locality in the province, it would be inapplicable to noise caused by aircraft operating within the province. The reason for this is that no provincial statute is permitted to operate so as to affect any "essential" or "integral" aspect of an enterprise under federal jurisdiction, and the noise produced by aircraft would undoubtedly be regarded as integral to their operation.

(Footnote references deleted.)

These comments correspond to those above cited of Laskin C.J. in *Natural Parents*, those of Chouinard J. in *Derrickson v. Derrickson* as well as the decision in *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, at p. 311, in which it was held that a matter which is intrinsic to a field of federal jurisdiction falls outside the reach of provincial jurisdiction even if that matter has elements of 'property and civil rights':

It is no doubt true that legislation of the character involved in the provincial legislation regarded from the standpoint of the use of property is normally legislation as to civil rights, but use of property for the purposes of an aerodrome, or the prohibition of such use cannot, in my opinion, be divorced from the subject matter of aeronautics or aerial navigation as a whole. If that be so, it can make no difference from the standpoint of a basis for legislative jurisdiction on the part of the province that Parliament may not have occupied the field. [Emphasis added.]

This principle appears to have been omitted in the criticism of *Bell Canada 1966* offered by Professor Hogg. Yet this line of reasoning explains the nature of the exclusive federal power given that working conditions and labour relations cannot be divorced from the management of a federal undertaking.

In one of the foregoing passages, Professor Hogg contrasts exclusive powers with "concurrent" powers. This can only be a way of speaking. Professor Hogg likely intends to refer to the overlapping of federal and provincial legislation which may result from the exercise of an ancillary power by Parliament or the application of the double aspect theory; however, as I said at the start of

ces d'activités bruyantes dans toutes les localités de la province, elle serait inapplicable au bruit fait par les aéronefs dans la province. La raison en est qu'aucune loi provinciale ne peut jouer de manière à toucher à une partie «essentielle» ou «intégrante» d'une entreprise qui est du ressort fédéral et le bruit provenant d'aéronefs serait incontestablement considéré comme une partie intégrante de leur utilisation.

(Les renvois aux notes infra-paginales sont supprimés.)

Ces commentaires rejoignent ceux cités plus haut du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Parents naturels*, ceux du juge Chouinard dans *Derrickson c. Derrickson* ainsi que la décision rendue dans *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, où il fut jugé à la p. 311 qu'une matière qui est intrinsèque à un champ de compétence fédéral échappe à la juridiction provinciale même si elle comporte des éléments de droit civil:

[TRADUCTION] S'il est sans doute exact qu'une législation qui présente le caractère de la législation provinciale en cause, lorsqu'on la considère du point de vue de l'utilisation de la propriété, est normalement une législation qui porte sur des droits civils, l'utilisation de cette propriété pour les besoins d'un aéroport, ou l'interdiction d'une telle utilisation, ne peuvent, à mon avis, être séparées de l'aéronautique prise comme un tout. S'il doit en être ainsi, on ne peut se fonder, pour faire valoir la compétence législative de la province, sur le fait que le Parlement peut ne pas avoir occupé ce champ. [Je souligne.]

Ce principe semble avoir été omis dans la critique de *Bell Canada 1966* entreprise par le professeur Hogg. Ce raisonnement explique pourtant la compétence fédérale exclusive puisque les conditions et relations de travail ne peuvent être dissociées de la gestion d'une entreprise fédérale.

Dans l'un des passages précités, le professeur Hogg oppose les compétences exclusives aux compétences «conjointes». Il ne peut s'agir là que d'une façon de parler. Le professeur Hogg veut probablement référer au chevauchement de lois fédérales et de lois provinciales qui pourrait résulter de l'exercice d'un pouvoir incident du Parlement ou de l'application de la théorie du double aspect.

these reasons, these are not concurrent powers such as the fields of agriculture or immigration.

Professor Hogg also suggests a new way of formulating the double aspect theory, which differs from those adopted by the British Columbia Court of Appeal and by the Quebec Court of Appeal in the case at bar. I will deal with this below in considering the double aspect theory.

I also note that Professor Hogg mentions but does not discuss the *Natural Parents* case. *Derrickson v. Derrickson* was handed down after the publication of the second edition of Professor Hogg's book.

That leaves the "policy" argument, according to which it would always be open to Parliament to protect federal undertakings against provincial statutes by an exercise of its so-called ancillary power and the application of the paramountcy of federal legislation.

I must say that I find very little merit in such an argument, both in general terms and when invoked in the particular field of occupational health and safety.

It is an argument which relies on a spirit of contradiction between systems of regulation, investigation, inspection and remedial notices which are increasingly complex, specialized and, perhaps inevitably, highly detailed. A division of jurisdiction in this area is likely to be a source of uncertainty and endless disputes in which the courts will be called on to decide whether a conflict exists between the most trivial federal and provincial regulations, such as those specifying the thickness or colour of safety boots or hard hats.

Furthermore, in the case of occupational health and safety, such a twofold jurisdiction is likely to promote the proliferation of preventive measures and controls in which the contradictions or lack of co-ordination may well threaten the very occupational health and safety which are sought to be protected.

Mais, comme je l'ai dit au début de ces motifs, il ne s'agit pas là de véritables compétences conjointes comme en matière d'agriculture ou d'immigration.

^a Le professeur Hogg propose également une nouvelle formulation de la théorie du double aspect, différente de celles retenues en l'espèce par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et par la Cour d'appel du Québec. J'en traiterai lors de l'étude du double aspect.

Je constate aussi que le professeur Hogg mentionne mais ne discute pas l'arrêt *Parents naturels*. ^c Quant à l'arrêt *Derrickson c. Derrickson*, il a été rendu après la deuxième édition du traité du professeur Hogg.

^d Reste l'argument de «policy» selon lequel il serait toujours loisible au Parlement de protéger les entreprises fédérales contre les lois provinciales par un exercice de son pouvoir soit-disant incident et l'application de la suprématie des lois fédérales.

^e J'avoue trouver bien peu d'attrait dans un tel argument, tant en général que dans le domaine particulier de la santé et de la sécurité du travail.

^f C'est un argument qui fait appel à l'esprit de contradiction entre des systèmes de réglementation, d'enquête, d'inspection et d'avis de correction de plus en plus complexes, particularisés et peut-être inévitablement pointilleux. Une compétence partagée en la matière risque d'être une source d'incertitudes et de litiges innombrables dans lesquels les tribunaux seraient appelés à décider s'il y a un conflit entre les règlements fédéraux et les règlements provinciaux les plus triviaux, prescrivant par exemple l'épaisseur ou la couleur de chaussures ou de casques de sécurité.

ⁱ Et s'il s'agit de santé et de sécurité du travail, cette dualité de compétence est de nature à favoriser la multiplication des mesures préventives et des contrôles dont les contradictions ou le manque de coordination risqueraient justement de mettre en péril la santé et la sécurité au travail qu'il s'agit de protéger.

Federalism requires most persons and institutions to serve two masters; however, in my opinion an effort must be made to see that this dual control applies as far as possible in separate areas.

With all due respect for the opposite view, therefore, I think that the decision in *Bell Canada 1966* is correct.

However, even if I had doubts in this regard I would have great hesitation in overturning it.

I would note, first, that no one asked the Court to do this in connection with this trilogy when members of the Court expressly raised the question. What in the main the Court is being asked to do in these three cases is to characterize the *Act* and the *Regulations* so that they do not fall within the ambit of *Bell Canada 1966*, rather than to call that decision in question. For the reasons given above, this is an impossible undertaking.

The sources of *Bell Canada 1966* date back to *Bonsecours* at the end of the last century and the *Postal Service Case 1948* in the middle of this century. For the more than twenty years that it has stood in our law reports it has been directly or indirectly cited and followed in many decisions of this Court, right up to the present time. I have already mentioned in this regard *Natural Parents, Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association* and *Dick v. The Queen*. To this must be added *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, and *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031. (It may be noted in passing that the latter two cases, far from contradicting *Bell Canada 1966* as was suggested, expressly confirm the rules stated in that case.) To this list should also be added *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115. In that case Dickson J., as he then was, writing the unanimous reasons of the nine judges of this Court, summarized at p. 132 the rules derived from *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, *supra*, in which it is clear that the second,

Le fédéralisme oblige la plupart des personnes et des institutions à servir deux maîtres. Mais, à mon avis, il faut essayer de faire en sorte que cette double sujétion soit soufferte autant que possible dans des domaines distincts.

Avec égards pour l'opinion contraire, je pense donc que *Bell Canada 1966* est un arrêt bien fondé.

Mais même si j'éprouvais des doutes à ce sujet, j'hésiterais beaucoup à décider qu'il n'y a plus lieu de s'y conformer.

Je rappelle d'abord que personne ne nous a demandé de le faire à l'occasion de cette trilogie alors que la Cour a expressément posé la question. Ce que l'on nous a principalement demandé dans ces trois causes, c'est de qualifier la *Loi* et les *Regulations* de manière à ce qu'elles ne tombent pas sous le coup de *Bell Canada 1966*, plutôt que de remettre cette dernière décision en question. Or, pour les raisons données plus haut, c'est là une entreprise impossible.

Bell Canada 1966 est un arrêt qui a des sources aussi anciennes que *Bonsecours* à la fin du siècle dernier, et que l'*Affaire du service postal 1948* au milieu de ce siècle. Depuis plus de vingt ans qu'il se trouve dans nos recueils d'arrêts, il a été directement ou indirectement cité et suivi dans nombre d'arrêts de cette Cour jusqu'à l'époque la plus récente. À ce sujet, j'ai déjà mentionné *Parents naturels, Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Association* et *Dick c. La Reine*. Il y a lieu d'y ajouter *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, et *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031. (Ces deux derniers arrêts, soit dit en passant, loin de contredire *Bell Canada 1966*, comme on a pu le suggérer, en confirment expressément les principes.) Il y a aussi lieu d'ajouter à cette liste *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115: le juge Dickson, plus tard Juge en chef, qui rédige les motifs unanimes des neuf juges de cette Cour, résume à la p. 132 des principes tirés de *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, précité, où il est

third and fourth rules so summarized are based on *Bell Canada 1966*.

It goes without saying that other courts have followed these precedents. There is no need to list their judgments. I will simply give a few examples: *Cour des sessions de la paix du district de Montréal v. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural et ornemental, local 711*, [1970] C.A. 512; *Re Field Aviation Co. and International Association of Machinists & Aerospace Workers Local Lodge 1579* (1974), 45 D.L.R. (3d) 751 (S.C. Alta.); *Jebsens (U.K.) Ltd. v. Lambert* (1975), 64 D.L.R. (3d) 574 (B.C.C.A.); *Joyal c. Air Canada*, [1976] C.S. 1211, reversed on other grounds by the Court of Appeal at [1982] C.A. 39; *Re Culley and Canadian Pacific Air Lines Ltd.*, [1977] 1 W.W.R. 393 (B.C.S.C.); *Re Attorney-General of Quebec and A. & F. Baillargeon Express Inc.* (1978), 97 D.L.R. (3d) 447 (Que. C.A.); *Re Canadian Pacific Ltd. and Attorney-General of Alberta, supra*; *Bell Canada v. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1983] C.S. 677; *Canadian Human Rights Commission v. Haynes, supra*; *Office de la construction du Québec c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, J.E. 83-198 (Que. S.C.)

It is also reasonable to assume that, in view of this consistent line of authority which has become well-settled law, those chiefly concerned, namely unions and employers, have generally made it a practice to organize their affairs accordingly. One would think the same would be true of the administrative tribunals and bureaucracies concerned. Whatever their jurisdiction, however, the latter rarely resist the suggestion that the limits of their power should be expanded.

3. *Double Aspect Theory*

Consideration of the double aspect theory now requires me to discuss propositions four and five stated at the beginning of my reasons.

Proposition four concerns the application to federal undertakings of provincial workmen's compensation schemes. This rule has already been qualified in *Bell Canada 1966*. For the reasons I

clair que les deuxième, troisième et quatrième principes ainsi résumés sont fondés sur *Bell Canada 1966*.

Il va sans dire que d'autres cours ont suivi cette jurisprudence. Il est inutile de dénombrer leurs jugements et leurs arrêts. Je me contente d'en donner quelques exemples: *Cour des sessions de la paix du district de Montréal v. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural et ornemental, local 711*, [1970] C.A. 512; *Re Field Aviation Co. and International Association of Machinists & Aerospace Workers Local Lodge 1579* (1974), 45 D.L.R. (3d) 751 (C.S. Alb.); *Jebsens (U.K.) Ltd. v. Lambert* (1975), 64 D.L.R. (3d) 574 (C.A.C.-B.); *Joyal c. Air Canada*, [1976] C.S. 1211, renversé pour d'autres motifs par la Cour d'appel à [1982] C.A. 39; *Re Culley and Canadian Pacific Air Lines Ltd.*, [1977] 1 W.W.R. 393 (C.S.C.-B.); *Re Attorney-General of Quebec and A. & F. Baillargeon Express Inc.* (1978), 97 D.L.R. (3d) 447 (C.A. Qué.); *Re Canadian Pacific Ltd. and Attorney-General of Alberta*, précité; *Bell Canada c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1983] C.S. 677; *Canadian Human Rights Commission v. Haynes*, précité; *Office de la construction du Québec c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, J.E. 83-198 (C.S. Qué.)

Il y a également lieu de penser que, devant cette jurisprudence constante, devenue une jurisprudence fixée, les principaux intéressés, c'est-à-dire les syndicats et les employeurs, ont généralement pris l'habitude d'organiser leurs affaires en conséquence. On pourrait penser qu'il devrait en aller de même pour les tribunaux administratifs et les bureaucraties concernés. Mais, d'où qu'ils soient, ceux-ci résistent rarement à la suggestion de reculer les bornes de leur compétence.

3. *La théorie du double aspect*

L'étude de la théorie du double aspect m'amène maintenant à discuter des quatrième et cinquième propositions énoncées au début de mes motifs.

La quatrième proposition a trait à l'applicabilité aux entreprises fédérales des régimes provinciaux d'indemnisation des victimes d'accidents du travail. Ce principe a déjà fait l'objet d'une qualifica-

am about to indicate, it does not in any way alter the outcome of the case.

Proposition five, according to which Parliament and a province may enact two relatively similar rules provided they are legislating for different purposes and one the basis of distinct aspects, has no application in the case at bar.

I outlined at the start of my opinion the reasons why the British Columbia Court of Appeal considered that recourse to the double aspect theory was justified.

These reasons were summarized in the factum filed by the Attorney General of Canada in *Alltrans*; that summary demonstrated the direct connection made by the Court of Appeal between the double aspect theory and the argument that there is a necessary complementarity between preventive measures on occupational health and safety and compensatory provisions on industrial accidents:

In the judgment of the Court of Appeal below Lambert J.A., writing *per curiam*, held that provincial legislation fixing safety conditions was applicable to federal undertakings. On his reasoning, once the principle of subjection of federal undertakings to workers' compensation schemes was established, it followed that the province could also control their safety conditions. Parliament could also regulate safety matters through its authority over federal undertakings. Hence, according to the principle of double aspect applied, both federal and provincial legislation could live, subject to federal paramountcy in case of conflict.

The use of the double aspect theory by the British Columbia Court of Appeal depends on a preliminary determination that the preventive scheme created by the legislation of British Columbia is applicable to federal undertakings because it cannot constitutionally be severed from the compensatory scheme established by that same legislation. As Parliament may also establish, and in fact has established, a preventive scheme for federal undertakings, in the opinion of the Court of Appeal the two preventive schemes can exist

tion dans *Bell Canada 1966*. Pour les raisons que je m'appête à énoncer, il ne change rien au sort du litige.

a La cinquième proposition selon laquelle le Parlement et une province peuvent édicter deux règles relativement semblables en autant qu'ils légifèrent pour des fins différentes et sous un aspect distinct ne trouve pas application en l'espèce.

b J'ai cité au début de mon opinion les motifs pour lesquels la Cour d'appel de la Colombie-Britannique estime justifié le recours à la théorie du double aspect.

c Ces motifs ont été résumés au mémoire produit par le procureur général du Canada dans *Alltrans*; ce résumé montre le lien direct que la Cour d'appel établit entre la théorie du double aspect et l'argument de la complémentarité nécessaire des mesures préventives en matière de santé et sécurité au travail et des mesures compensatrices en matière d'accidents du travail:

d [TRADUCTION] Dans l'arrêt qu'il a rédigé au nom de la Cour d'appel en l'espèce, le juge Lambert a conclu qu'une loi provinciale établissant des normes de sécurité s'appliquait aux entreprises fédérales. Suivant son raisonnement, du moment qu'on admettait le principe de l'assujettissement des entreprises fédérales aux régimes d'indemnisation des accidents du travail, il s'ensuivait que la province pouvait également réglementer la sécurité du travail dans ces entreprises. Mais le Parlement était investi du même pouvoir en raison de sa compétence sur les entreprises fédérales. Par conséquent, selon la théorie du double aspect, une loi provinciale pouvait coexister avec une loi fédérale, sous réserve du principe de la prépondérance de la loi fédérale en cas d'incompatibilité.

e L'utilisation de la théorie du double aspect par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dépend d'une détermination préliminaire, savoir que le régime préventif établi par la législation de la Colombie-Britannique est applicable aux entreprises fédérales parce qu'il est constitutionnellement indissociable du régime compensateur établi par la même législation. Comme le Parlement peut également établir et a effectivement établi un régime préventif relativement aux entreprises fédérales, les deux régimes préventifs pourraient, selon

side by side except in cases of conflict, under the double aspect theory.

This reasoning is defeated by its own underlying premise. Once it has been decided, as it must be, that the provincial preventive scheme has to be severed from the compensatory scheme and is not applicable to federal undertakings, these undertakings are no longer subject to two preventive schemes, only to one, the federal scheme, and there is no further reason for the double aspect theory.

The complementarity argument impressed Bouck J. of the British Columbia Supreme Court. He said the following on this point at p. 84:

But on the other side of the issue lies the efficient operation of the *Workers Compensation Act*. As the Board may be called upon to provide rehabilitation services and pensions for those injured in the work place, it must have some means of controlling the occurrence or reoccurrence of accidents. Fines and closure orders are one method of enforcement. Regrettably, I have concluded they are not available to the Board.

Bouck J. added, on the next page:

Still, the Board does not appear to be without a remedy. Under s. 42, it may fix a special rate for Alltrans where it "is shown . . . the hazard or cost of compensation differs from the average of the class or sub-class to which the industry or plant (of Alltrans) is assigned".

I note that counsel for Alltrans and the Attorney General of Canada concede that the compensatory provisions of the *Workers Compensation Act* apply to federal undertakings. Bouck J. regretted that in respect of federal undertakings the power to adopt preventive measures is separate from the power to adopt compensatory measures given that, at least in theory, unified powers of prevention and compensation could be exercised in a more coherent or better co-ordinated way than divided powers. In the factum they filed in *Alltrans*, the *Board* and the British Columbia Attorney General made the same argument:

la Cour d'appel, subsister côte à côte en vertu de la théorie du double aspect, sauf en cas de conflit.

Ce raisonnement s'écroule avec sa prémisse. Une fois que l'on a décidé, comme il faut le faire, que le régime provincial de prévention doit être dissocié du régime de compensation et qu'il est inapplicable aux entreprises fédérales, il ne subsiste plus, pour ces dernières, deux régimes de prévention mais un seul, le régime fédéral, et il n'y a plus place pour la théorie du double aspect.

L'argument de la complémentarité a impressionné le juge Bouck en Cour suprême de la Colombie-Britannique. Voici comment il s'exprime à ce sujet à la p. 84:

[TRADUCTION] D'un autre côté, il y a la question de l'application efficace de la *Workers Compensation Act*. Comme la Commission peut être appelée à fournir aux personnes blessées au lieu de travail des services de réadaptation et à leur verser des pensions, elle doit disposer de quelque moyen de limiter le nombre d'accidents—des amendes et des ordres de fermeture, par exemple. Si regrettable que cela puisse être toutefois, j'ai conclu que ce sont là des méthodes auxquelles la Commission ne peut avoir recours.

Le juge Bouck ajoute, à la page suivante:

[TRADUCTION] Il semble néanmoins que la Commission ne soit pas impuissante à cet égard. L'article 42 l'autorise en effet à fixer un taux spécial pour Alltrans lorsqu'il «a été démontré [. . .] que le risque ou le coût de l'indemnisation diffère de la moyenne de la catégorie ou de la sous-catégorie dans laquelle tombe l'industrie ou les installations (d'Alltrans)».

Je rappelle que les procureurs d'Alltrans et du procureur général du Canada concèdent que les dispositions compensatrices du *Workers Compensation Act* s'appliquent aux entreprises fédérales. Le juge Bouck regrette que, relativement aux entreprises fédérales, le pouvoir d'adopter des mesures préventives soit dissocié du pouvoir d'adopter des mesures compensatrices, car des pouvoirs unifiés de prévention et de compensation devraient, en théorie du moins, s'exercer de façon plus cohérente ou mieux coordonnée que des pouvoirs partagés. Dans le mémoire qu'ils ont produit dans *Alltrans*, le *Board* et le procureur général de la Colombie-Britannique invoquent le même argument dans les termes suivants:

... the Appellant accepts the benefit of the scheme insofar as it is protected from Court actions by injured employees who qualify for compensation, but argues the concomitant obligation under the scheme to maintain a safe workplace cannot be imposed on it.

The *Board* and the British Columbia Attorney General also point out, perhaps to draw attention to the practical problems of a division referred to by the Court of Appeal in the final passage of its reasons which I cited above, that the assessments to which Alltrans Express Ltd. is subject are not only paid into the workmen's compensation fund but also serve to defray the costs of administering the *Regulations*.

The complementarity argument seems attractive at first glance, *de lege ferenda*, but it has no legal validity unless it is possible to raise it to the constitutional level and Bouck J. properly saw that it is not.

Before passing from a legislative to a constitutional analysis, it is worth noting that there is nothing to suggest that the compensatory provisions of the *Workers Compensation Act* are made useless by the fact that the preventive provisions are not applicable to federal undertakings. First, Alltrans Express Ltd. concedes that the workplaces controlled by it remain subject to inspections by the *Board* in accordance with the compensatory provisions and, if necessary, to determine the level of its contributions to the indemnity fund. Second, according to an uncontradicted affidavit, the *Board* is not attempting either to apply the preventive measures to merchant ships registered under the *Canada Shipping Act* or to inspect such ships, although sailors benefit in some cases from accident compensation provided by the provincial Act.

Finally, there remains the argument that the assessments Alltrans Express Ltd. is required to pay contribute to the financing not only of the workmen's compensation fund but also of the administration of preventive measures. That, it seems to me, is a situation which only Alltrans Express Ltd. could complain of if, as is my view,

[TRADUCTION] ... l'appelante accepte le régime dans la mesure où il lui confère le bénéfice d'une protection contre les actions en justice intentées par des employés blessés admissibles à l'indemnisation, mais elle prétend ne pouvoir être astreinte aux obligations concomitantes d'assurer la sécurité du travail prévues par le régime.

Le *Board* et le procureur général de la Colombie-Britannique soulignent également, peut-être pour signaler les difficultés pratiques d'un partage auxquelles la Cour d'appel fait allusion dans le dernier passage de ses motifs que j'ai cité plus haut, que les cotisations auxquelles Alltrans Express Ltd. est assujettie n'alimentent pas seulement le fond des accidents du travail mais qu'elles servent également à défrayer l'administration des *Regulations*.

L'argument de la complémentarité paraît superficiellement séduisant, *de lege ferenda*, mais il n'a pas de valeur juridique sauf s'il est possible de l'élever au niveau constitutionnel et le juge Bouck s'est rendu compte, à juste titre, que ce ne l'est pas.

Avant de quitter le plan législatif et de passer au niveau constitutionnel, précisons que rien n'indique que les dispositions compensatrices du *Workers Compensation Act* soient rendues inefficaces du fait que les dispositions préventives soient inapplicables à des entreprises fédérales. D'une part, Alltrans Express Ltd. concède que les lieux de travail qu'elle contrôle restent soumis aux inspections du *Board* pour les fins des dispositions compensatrices et en autant que cela est nécessaire pour déterminer le niveau de ses contributions au fond d'indemnisation. D'autre part, selon un affidavit non contredit, le *Board* ne tente ni d'appliquer les mesures préventives aux navires marchands enregistrés de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, ni d'inspecter ces navires, quoique les marins de ces navires bénéficient dans certains cas des indemnités d'accident prévues par la loi provinciale.

Enfin, reste l'argument selon lequel les cotisations exigées de Alltrans Express Ltd. contribuent au financement non seulement du fond d'accidents du travail, mais aussi de l'administration des mesures préventives. C'est là, me semble-t-il, une situation dont seule Alltrans Express Ltd. pourrait se plaindre si, comme je le pense, les mesures

the preventive measures are not applicable to it. Furthermore, it is a difficulty which is open to solution between governments working together.

At the same time I would emphasize that in Quebec, as I noted above, compensatory and preventive measures are to be found in two separate statutes, the *Act* and the *Workmen's Compensation Act*. The Quebec experience has shown that preventive and compensatory systems can function independently without any adverse consequences for the effectiveness of either system. Professor Lippel notes regarding the twofold nature of the Quebec system:

[TRANSLATION] . . . in addition to remedial services . . . the existing legislation gives workers the protection of certain preventive measures which in this case are really intended specifically for them, and one might assume there would have been some historical coherence in the legislative policies relating to remedial services and preventive measures.

Our review of legislation since 1885, the date at which the legislator first took interest in this matter in the wake of developing industrialization, indicates that this is not so. The two components of the worker's bundle of individual rights in this area have developed along their own lines.

(Katherine Lippel, "Droit des travailleurs québécois en matière de santé (1885-1981)" (1981-82), 16 *R.J.T.* 329, at p. 331.)

There would also be the possibility, if it were regarded as absolutely necessary to combine the compensatory and preventive schemes, that the federal Parliament acting under its ancillary power could enact a compensation scheme applicable to federal undertakings. The British Columbia Court of Appeal refers to this possibility at p. 391 of its judgment. I express no opinion as to the advisability or the constitutionality of such a measure.

However, the British Columbia Court of Appeal took the argument regarding the complementarity of preventive and compensatory measures further than did Bouck J. With respect, I am of the view that it erroneously transformed this legislative argument *de lege ferenda* into a constitutional argument. This at least is the way I interpret the

préventives ne lui sont pas applicables. Au surplus, c'est une difficulté qui est loin d'être insoluble entre gouvernements qui collaborent.

Je souligne par la même occasion qu'au Québec, comme je l'ai dit auparavant, les mesures compensatrices et les mesures préventives se trouvent dans deux lois distinctes, la *Loi* et la *Loi sur les accidents du travail*. L'expérience québécoise démontre que les systèmes préventifs et compensateurs peuvent fonctionner sans être intégrés et sans que l'efficacité propre de chacun de ces systèmes n'en souffre. Le professeur Lippel note au sujet de la dualité du régime québécois:

. . . en plus de[s] services curatifs [. . .], le droit actuel accorde aux travailleurs certaines mesures préventives qui, cette fois, leur sont vraiment destinées spécifiquement, et l'on aurait pu imaginer une cohérence historique dans les politiques législatives relatives aux services curatifs et aux mesures préventives.

Notre examen de la législation depuis 1885, date à laquelle le législateur commence à s'intéresser à la question, dans la foulée des premiers effets de l'industrialisation, révèle qu'il n'en est rien. Les deux composantes de l'enveloppe des droits particuliers des travailleurs en cette matière évoluent selon leur logique propre.

(Katherine Lippel, «Droit des travailleurs québécois en matière de santé (1885-1981)» (1981-82), 16 *R.J.T.* 329, à la p. 331.)

Resterait également, si l'on tenait absolument à intégrer le régime des mesures compensatrices à celui des mesures préventives, la possibilité que le Parlement du Canada, agissant en vertu de son pouvoir incident, instaure un régime d'indemnisation applicable aux entreprises fédérales. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique fait allusion à cette possibilité à la p. 391 de son arrêt. Je n'exprime d'opinion ni sur l'opportunité, ni sur la constitutionnalité d'une semblable mesure.

Cependant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pousse plus loin que le juge Bouck l'argument de la complémentarité des mesures préventives et des mesures compensatrices. Erronément à mon avis, soit dit avec égards, elle transforme cet argument législatif, *de lege ferenda*, en un argument constitutionnel. C'est du moins la façon dont

following reasons of Lambert J.A. At page 389, he wrote:

The provincial aspect of the matter lies in the concern of the province, generally, for public health . . . and, more particularly, for the scheme of worker safety, treatment and compensation embodied in the *Workers Compensation Act*. [Emphasis added.]

On the same page, Lambert J.A. cited the Tysoe report indicating that the first objective of the *Workers Compensation Act* is prevention and its second objective compensation. Lambert J.A. added:

That statement underscores the provincial aspect of the matter.

Finally, Lambert J.A. resolved the matter at p. 390:

. . . they [counsel for Alltrans and for the Attorney-General of Canada] want to cut away what Mr. Justice Tysoe calls the first object of the Act, namely worker safety. I do not think that the Act should be severed in that way for federal undertakings . . . [Emphasis added.]

What Lambert J.A. decided, in other words, was that because a federal undertaking is subject to the compensatory provisions of provincial legislation it is constitutionally subject to the preventive provisions under the same statute, which in his opinion form an indivisible whole.

In my view, this conclusion is a *non sequitur*. It is not based on any analysis of significant differences which, in terms of the constitutional law characterization, distinguish compensatory from preventive measures.

I refer, first, to what Martland J. said of a compensatory scheme in *Bell Canada 1966*, at pp. 773-74:

In my opinion there is a distinction between legislation of that kind, and that which is in issue here. The *Workmen's Compensation Act* conferred upon injured employees and upon the dependants of deceased employees certain statutory rights to compensation

j'interprète les motifs suivants du juge Lambert. Il écrit à la p. 389:

[TRADUCTION] La question présente un aspect provincial en ce sens que c'est la province qui, d'une manière générale, veille à la santé publique [. . .] et, plus particulièrement, à l'application du régime établi par la *Workers Compensation Act*, visant à assurer la sécurité des ouvriers, leur traitement et leur indemnisation. [Je souligne.]

À la même page, le juge Lambert cite le rapport Tysoe selon lequel le premier objet du *Workers Compensation Act* est la prévention et le second objet, l'indemnisation. Le juge Lambert ajoute:

[TRADUCTION] Cette déclaration souligne l'aspect provincial de cette question.

Enfin, le juge Lambert tranche à la p. 390:

[TRADUCTION] . . . mais ils [l'avocat d'Alltrans et celui du procureur général du Canada] cherchent à faire abstraction de ce que le juge Tysoe appelle l'objet premier de la Loi, savoir celui d'assurer la sécurité des ouvriers. Pour ma part, je crois que la Loi ne doit pas être scindée de cette manière dans le cas des entreprises fédérales . . . [Je souligne.]

Ce que le juge Lambert décide, en d'autres termes, c'est que, parce que l'entreprise fédérale est soumise aux mesures compensatrices de la législation provinciale, elle est constitutionnellement soumise aux mesures préventives qui découlent de la même loi et qui, avec les dispositions compensatrices, forment selon lui un ensemble indivisible.

À mon avis, cette conclusion est un *non sequitur*. Cette conclusion d'ailleurs ne se fonde sur aucune analyse des différences marquées qui, du point de vue de la classification constitutionnelle, distinguent les mesures compensatrices des mesures préventives.

Je me réfère dans un premier temps à ce que le juge Martland dit d'un régime compensateur dans *Bell Canada 1966* aux pp. 773 et 774:

[TRADUCTION] Il faut à mon avis distinguer entre une loi de ce genre et celle qui est à l'étude dans l'espèce présente. La *Workmen's Compensation Act* conférait aux employés blessés et aux personnes à charge des employés décédés certains droits à une indemnité lors-

where the injury or death resulted from an accident arising out of and in the course of the employment. Compensation was payable not by the employer, but out of a fund administered by the Board to which employers were required to contribute. Viscount Haldane (p. 191) refers to the employee's right under the Act as the result of a "statutory condition of employment", but I think it is more accurately described as a statutory right. The Act did not purport to regulate the contract of employment. What it did do was to create certain new legal rights which were to be in lieu of all rights of action to which the employee or his dependants might otherwise have been entitled at common law or by statute.

On the other hand, a statute which deals with a matter which, apart from regulatory legislation, would have been the subject matter of contract between employer and employee, e.g., rates of pay or hours of work, affects a vital part of the management and operation of the undertaking to which it relates. This being so, if such regulation relates to an undertaking which is within s. 92(10)(a), (b) or (c), in my opinion it can only be enacted by the federal parliament.

In general, workmen's compensation schemes, whether in British Columbia, Quebec or the schemes in all or most of the provinces, are statutory insurance schemes of no-fault collective liability, which replace the former systems of individual civil liability based on fault. They are generally financed, at least in part, by contributions from employers. They create a complex system of direct statutory remedies and subrogatory remedies which have little to do with the old common law or *droit commun* remedies. Their main purpose is compensation and thus more or less a form of final exhaustion of remedies. They are adopted by provinces pursuant to their jurisdiction over property and civil rights, but not pursuant their jurisdiction over contracts. It is in any case difficult to conceive in practice of such complex and elaborate schemes having a merely contractual basis. Although their purpose is to compensate workers they are not part of the contract of employment, they are not labour relations schemes and they do not constitute working conditions: they do not intervene to compensate workers until after their health or safety has been affected. They also do

que la blessure ou le décès était la conséquence d'un accident survenu par le fait ou à l'occasion de leur travail. Ce n'était pas l'employeur qui devait verser cette indemnité, mais un fonds qu'administrait la Commission et auquel les employeurs étaient tenus de cotiser. Le vicomte Haldane parle (p. 191) du droit que l'employé tient de cette loi comme étant la conséquence d'une «condition du contrat d'emploi légalement imposée», mais je pense qu'il est plus exact de le décrire comme un droit découlant de la loi. La loi ne visait pas à régler le contrat d'emploi. Elle se contentait de créer certains droits nouveaux, qui devaient remplacer tous les droits d'ester en justice qu'auraient pu avoir par ailleurs l'employé ou les personnes à sa charge, que ce soit en *common law* ou en vertu de la loi.

D'un autre côté, une loi qui traite d'une matière qui, à défaut d'une réglementation, aurait fait l'objet d'un contrat entre employeur et employé, comme le taux des salaires ou la durée du travail, par exemple, touche à une partie essentielle de l'administration et de l'exploitation de l'entreprise à laquelle elle se rattache. Ceci étant, si cette réglementation se rattache à une entreprise qui entre dans le champ d'application des al. a., b. ou c. du par. 92(10), seul le Parlement fédéral peut, à mon avis, l'adopter.

Les régimes d'indemnisation des accidents du travail, en général, qu'il s'agisse de celui de la Colombie-Britannique, de celui du Québec et de ceux de toutes les provinces ou de la plupart d'entre elles, sont des régimes législatifs d'assurance et de responsabilité collective sans faute, qui remplacent les anciens régimes de responsabilité civile individuelle fondés sur la faute. Ils sont généralement financés, du moins en partie, par des contributions des employeurs. Ils créent un système complexe de recours statutaires directs et de recours subrogatoires qui ont peu à voir avec les anciens recours de droit commun. Ils sont axés sur l'indemnisation et donc sur une forme de liquidation plus ou moins définitive des recours. Ils sont adoptés par les provinces en vertu de leur compétence sur la propriété et les droits civils, mais non pas de leur compétence sur les contrats. Il est de toute façon difficile d'imaginer en pratique que des régimes aussi complexes et aussi lourds puissent avoir une base simplement contractuelle. Quoiqu'ils visent à l'indemnisation des travailleurs, ils ne font pas partie du contrat de travail, ils ne sont pas des régimes de relations de travail et ils ne

not impinge on the management or operation of undertakings.

As shown earlier, it is precisely because they do not impinge on the labour relations, working conditions, management or operation of undertakings that such compensatory schemes can be applied to federal undertakings.

Unlike compensation, which is a relatively fixed or stable concept, that of prevention is essentially dynamic and knows no natural boundaries. But however effective such prevention schemes may be, they will never entirely remove the necessity for compensation schemes. As I have tried to show above and need not discuss any further, preventive provisions must of necessity operate through labour relations, working conditions and the management of an undertaking. If they do not operate through these areas, they have no basis in reality. The preventive provisions of the British Columbia Act in this regard are less elaborate than those of the *Act*, but they are of the same type.

Accordingly one can and must distinguish between the constitutional law classification of compensatory schemes and that of preventive schemes for purposes of their application to federal undertakings. The British Columbia Court of Appeal accordingly erred in holding that the compensatory scheme cannot be severed from the preventive scheme.

I think it is wrong to speak of double aspect in another way. An examination of the preventive scheme of the *Act* and the preventive scheme created by the federal legislator in Part IV of the *Canada Labour Code* demonstrates that both legislators are pursuing exactly the same objective by similar techniques and means. A comparison of the statement of principle in each statute leaves no doubt as to the similarity of their purposes:

constituent pas des conditions de travail: c'est après que la santé ou la sécurité des travailleurs est atteinte qu'ils interviennent pour indemniser ces derniers. Ils ne touchent pas non plus à la gestion ou aux opérations des entreprises.

Or, comme il fut démontré auparavant, c'est précisément parce qu'ils ne touchent ni aux relations de travail, ni aux conditions de travail, ni à la gestion ou aux opérations des entreprises que ces régimes compensateurs peuvent s'appliquer aux entreprises fédérales.

Au contraire de l'indemnisation, qui est un concept relativement fixe ou stable, celui de la prévention est essentiellement dynamique et ne connaît aucune limite naturelle. Mais quelle que soit l'efficacité des régimes de prévention, ils ne feront jamais disparaître la nécessité des régimes d'indemnisation. Les dispositions préventives ne peuvent faire autrement—j'ai essayé de le démontrer plus haut et je ne m'y attarde plus—que de passer par les relations de travail, les conditions de travail et la gestion de l'entreprise. Si elles ne passent pas par elles, elles n'ont pas de prise sur la réalité. Les dispositions préventives de la loi de la Colombie-Britannique à ces points de vue sont moins élaborées que celles de la *Loi*, mais elles participent de la même nature.

Il s'ensuit non seulement que l'on peut mais que l'on doit constitutionnellement distinguer entre la classification des régimes de compensation et celle des régimes de prévention pour fins d'application à des entreprises fédérales. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc erré en jugeant que le régime de compensation est indissociable du régime de prévention.

Il me paraît erroné de parler de double aspect à un autre titre. L'examen du régime préventif de la *Loi* et du régime préventif mis en place par le législateur fédéral dans la partie IV du *Code canadien du travail* révèle en effet que les deux législateurs y poursuivent exactement le même objet par des techniques et des moyens semblables. La comparaison de l'énoncé de principe des deux lois ne laisse subsister aucun doute quant à la similitude de leur objet:

2. The object of this act is the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers.

(s. 2 of the *Act*)

79.1 The purpose of this Part is to prevent accidents and injury to health arising out of, linked with and or occurring in the course of employment to which this Part applies.

(s. 79.1 of the *Canada Labour Code*)

The exact correspondence of these two objectives indicates that there are not two aspects and two purposes depending on whether the legislation is federal or provincial. In my opinion, the two legislators have legislated for the same purpose and in the same aspect. Yet they do not have concurrent legislative jurisdiction in the case at bar, but mutually exclusive jurisdictions. In this regard the Attorney General of Quebec argued that the provisions of Part IV of the *Canada Labour Code* were adopted by Parliament not pursuant to its exclusive jurisdiction over federal undertakings but under its ancillary jurisdiction, analogous to that which it might perhaps exercise if it were to create a workmen's compensation scheme for federal undertakings. I have already had occasion to discuss this. As they deal with the labour relations and the management of federal undertakings, the provisions of Part IV of the *Canada Labour Code* in my opinion fall within the exclusive jurisdiction of Parliament which, as we saw earlier, would otherwise be stripped of any distinct or meaningful content.

I have already mentioned that the British Columbia Court of Appeal's reasoning was adopted by Monet J.A. in *Bell Canada*. Beauregard J.A., for the majority of the Quebec Court of Appeal, while approving Monet J.A.'s opinion on this point, referred to the double aspect theory at pp. 518-19 but in a manner which differs from that of the British Columbia Court of Appeal:

[TRANSLATION] I share the opinion of Monet J.A. that the object of the dispute is related to both health and labour relations.

This opinion of Beauregard J.A. nonetheless approaches that expressed in the following pas-

2. La présente loi a pour objet l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs.

(art. 2 de la *Loi*)

79.1 La présente Partie a pour raison d'être de prévenir les accidents et les maladies survenant au cours de l'occupation d'un emploi visé par la présente Partie ou qui en résultent ou y sont liés.

(art. 79.1 du *Code canadien du travail*)

L'identité parfaite de ces deux objectifs démontre qu'il n'y a pas deux aspects et deux fins selon que la législation est fédérale ou provinciale. À mon avis, les deux législateurs légifèrent pour les mêmes fins et sous le même aspect. Or ils ne disposent pas en l'espèce d'une compétence législative conjointe, mais de compétences législatives mutuellement exclusives. Le procureur général du Québec plaide, à ce sujet, que les dispositions de la partie IV du *Code canadien du travail* ont été adoptées par le Parlement, non pas en vertu de sa compétence exclusive sur les entreprises fédérales, mais de sa compétence incidente analogue à celle qu'il pourrait peut-être exercer s'il instaurait un régime d'indemnisation des victimes des accidents du travail pour les entreprises fédérales. J'ai déjà eu l'occasion d'élaborer sur le sujet. Comme elles portent sur les conditions de travail et la gestion des entreprises fédérales, les dispositions de la partie IV du *Code canadien du travail* relèvent de la compétence exclusive du Parlement, laquelle serait autrement vidée de tout contenu autonome ou significatif, comme nous l'avons vu plus haut.

J'ai déjà mentionné que le raisonnement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été adopté par le juge Monet dans *Bell Canada*. Tout en approuvant l'opinion du juge Monet sur cette question, le juge Beauregard, au nom de la majorité de la Cour d'appel du Québec, aux pp. 518 et 519, réfère au double aspect mais en utilisant une formulation qui n'est pas identique à celle de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique:

Je partage l'opinion de monsieur le juge Monet que l'objet du litige concerne à la fois et la santé et les relations du travail.

Cette opinion du juge Beauregard se rapproche néanmoins des passages suivants des motifs de la

sages from the reasons of the British Columbia Court of Appeal at pp. 389-90:

The provincial aspect of the matter lies in the concern of the province, generally, for public health and for medical and hospital care, and, more particularly, for the scheme of worker safety, treatment and compensation embodied in the *Workers Compensation Act*. It relates to workers, generally, as workers in the work place.

I turn now to the federal aspect. This relates not to workers, generally, as workers in the work place, but to workers in specific relationship to their employers, and to the operation and management of their employers' businesses. In that aspect, health and safety in the work place may be or may become a working condition in the employer-employee relationship. [Emphasis added.]

Whatever the significance of these nuances, I am of the view with the greatest respect for the contrary opinion, that the formulation of the double aspect suggested by Beauregard J.A. is no better than that of the British Columbia Court of Appeal and that his reasoning is incorrect in that it makes an artificial distinction: the *Act* is considered differently depending on whether it is viewed from the standpoint of employer-employee relations (labour relations) or of the employee alone (his health and safety). Such a distinction is impossible. The provisions of the *Act* represent working conditions for workers as much as for employers, in view of the correlation between their rights and their obligations. The health and safety of workers are no more than a purely nominal "aspect" and a goal that cannot be attained except by means of a labour relations system based on reciprocal rights and obligations of employers and workers. Working conditions remain a global concept which cannot be divided, and the *Act* treats them as such. As I tried to show earlier in the section titled "*Analysis and Characterization of the Act*", it is impossible to sever the objective sought—the health and safety of workers—from the nature of the working conditions through which that objective finds expression.

Finally, there is another formulation of the double aspect theory, suggested by Professor

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (aux pp. 389 et 390):

[TRADUCTION] La question présente un aspect provincial en ce sens que c'est la province qui, d'une manière générale, veille à la santé publique, aux soins médicaux et hospitaliers et, plus particulièrement, à l'application du régime établi par la *Workers Compensation Act*, visant à assurer la sécurité des ouvriers, leur traitement et leur indemnisation. Cet aspect touche les ouvriers, pris généralement, en tant qu'ouvriers.

Je passe maintenant à l'aspect fédéral. Celui-ci se rapporte non pas aux ouvriers, pris généralement, en tant qu'ouvriers, mais aux ouvriers ayant des rapports précis avec leurs employeurs ainsi qu'à l'exploitation et à la gestion des entreprises de ces derniers. Sous cet aspect, la santé et la sécurité du travail peut être ou devenir une condition de travail faisant partie des relations entre un employeur et ses employés. [Je souligne.]

Quoi qu'il en soit de ces nuances, j'estime, soit dit avec les plus grands égards, que la formulation du double aspect suggérée par le juge Beauregard n'est pas meilleure que celle de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et que son raisonnement est erroné en ce qu'il fait une distinction artificielle: il envisage la *Loi* différemment selon qu'elle est abordée du point de vue des relations employeur-employé (relations de travail) ou du point de vue de l'employé seulement (sa santé et sa sécurité). Une telle scission est impossible. Les dispositions de la *Loi* constituent des conditions de travail tant pour les travailleurs que pour les employeurs, vu la corrélation de leurs droits et de leurs obligations. La santé et la sécurité des travailleurs ne sont qu'un «aspect» purement nominal et une fin inaccessible si elles ne se concrétisent pas par un régime de conditions de travail fondé sur les obligations et droits réciproques des employeurs et des travailleurs. Les conditions de travail demeurent un concept global, indissociable, et la *Loi* les traite comme tel. Comme j'ai essayé de le démontrer auparavant dans la section intitulée «*Analyse et qualification de la Loi*», il est impossible de dissocier la fin poursuivie—la santé et la sécurité du travailleur—du caractère de conditions de travail qu'elle revêt.

Il existe enfin une autre formulation du double aspect qui a été avancée par le professeur Hogg et

Hogg, which differs from those used by the British Columbia Court of Appeal and the Quebec Court of Appeal. In a passage cited above, Professor Hogg suggests the following formulation at pp. 465-66:

The [*Bell Canada 1966*] case appears to have settled the issue of legislative jurisdiction over employment in the federal sectors in favour of exclusive federal power. In my opinion the Court came down on the wrong side of the issue. If *Toronto Electric Commissioners v. Snider* and the *Labour Conventions* case decided anything, it was that employment was a "matter" which came within "property and civil rights in the province". The regulation of collective bargaining or employment standards in federal industries should surely still be regarded as in relation to employment—as well as in relation to the particular industry. The law has a double aspect, and should therefore be open to both levels of government.

In short, legislation such as the *Act* relates to both labour relations and federal undertakings. On the one hand, this proposition may be seen as containing at least a partial concession: it appears to concede that such legislation relates to an exclusively federal field. On the other hand, however, and more importantly, this further version of the double aspect theory seems to me to be wrong because, with respect, it is based on confusion between a matter, labour relations, and a class of subjects, federal undertakings. Additionally, this further version seems to me to ignore the fundamental or principal content that must be given to the federal power, and to strip this power of its content.

4. *Impairment of Federal Undertakings*

As I observed earlier, appellants and the Attorney General of Quebec argued that the *Act* does not impair the operations and functioning of Bell Canada.

This argument might be relevant if it were held that the application of the *Act* does not bear upon working conditions and labour relations as well as the management of a federal undertaking. Yet precisely because it must be held that the *Act* encroaches on a field that falls within the exclusive

qui diffère de celles retenues par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel du Québec. Dans un passage précité, le professeur Hogg suggère la formulation suivante aux pp. 465 et 466:

[TRADUCTION] L'affaire [*Bell Canada 1966*] paraît avoir réglé dans le sens d'un pouvoir fédéral exclusif la question de la compétence législative sur l'emploi dans les secteurs relevant du gouvernement fédéral. À mon avis, cet arrêt est mal fondé. L'arrêt *Toronto Electric Commissioners v. Snider* et l'*Affaire des conventions du travail* établissent tout au moins que l'emploi est une «matière» qui tombe sous la rubrique «la propriété et les droits civils dans la province». La réglementation de la négociation collective ou des normes de travail dans les industries fédérales doit certainement continuer d'être considérée comme intéressant l'emploi en même temps que l'industrie particulière qui est visée. Il y a double aspect et les deux paliers de gouvernement doivent donc pouvoir légiférer dans ce domaine.

En somme, des lois comme la *Loi* seraient relatives à la fois aux relations de travail et aux entreprises fédérales. D'une part, on pourrait voir dans cette proposition une concession au moins partielle: il y serait concédé que de telles lois sont relatives à un domaine exclusivement fédéral. Mais, d'autre part et surtout, cette autre formulation de la théorie du double aspect me paraît faussée parce qu'elle se fonde, soit dit avec égards, sur une confusion entre une matière, les relations de travail, et une catégorie de sujets, les entreprises fédérales. Au surplus, cette autre formulation me paraît également faire abstraction du contenu élémentaire ou principal qu'il faut donner à la compétence fédérale, et vider celle-ci de sa substance.

4. *Les entraves aux opérations des entreprises fédérales*

Je l'ai dit plus haut, les appelantes et le procureur général du Québec soutiennent que la *Loi* n'entrave pas les opérations et le fonctionnement de Bell Canada.

Ce moyen serait peut-être pertinent s'il était décidé que l'application de la *Loi* ne porte pas sur les conditions et relations du travail ainsi que sur la gestion d'une entreprise fédérale. Mais comme il faut justement décider que la *Loi* empiète sur un domaine qui relève de la compétence exclusive du

jurisdiction of Parliament and is, for this reason, not applicable to federal undertakings, it is not relevant whether the *Act* impairs or not the operations and functioning of Bell Canada and Canadian National. It suffices that the application of the *Act* bear upon the undertaking in what makes it specifically of federal jurisdiction for that undertaking to fall outside the ambit of this legislation. The same must be said of the *Regulations* in *Alltrans*.

I believe this analysis is consistent with that used in *Bell Canada 1966*. What was immediately at issue in that case was the requirement that the undertaking pay a levy of some \$50,000 a year from 1959 to 1965, and it is unlikely that Bell Canada would not have ample funds to pay such amounts. It can also be assumed that Bell Canada was already paying its employees at least the minimum wage specified by the provincial statute. The undertaking was therefore not impaired by application of the provincial statute. Nonetheless, at p. 770 Martland J. cited s. 13 of the *Minimum Wage Act*, which gave the Commission the power to determine by ordinance the minimum wage, terms of payment, working hours, conditions of apprenticeship "and the other working conditions deemed in conformity with the spirit of the act". Martland J. noted that the Commission had in fact adopted such an ordinance which, by its terms, applied to Bell Canada. He subsequently concluded that the power to regulate wages and working conditions, such as the wage scale of the undertaking, affects a vital part of the management and operation of the undertaking. What was held inapplicable to Bell Canada was thus not only the regulations imposing a levy of \$50,000 which gave rise to the case, but also the ordinance enacted pursuant to s. 13, the regulatory power created by that section and the *Minimum Wage Act* as a whole.

Appellants and the Attorney General of Quebec argued in the case at bar that the re-assignment of a pregnant worker would not impair the undertaking, especially as the pregnant worker would even-

Parlement et se trouve pour ce motif inapplicable aux entreprises fédérales, alors il est sans importance que, dans l'hypothèse non retenue où elle s'appliquerait, la *Loi* entrave ou n'entrave pas les opérations et le fonctionnement de Bell Canada et des Chemins de fer nationaux. Il suffit que l'application de la *Loi* ait pour conséquence de régir l'entreprise dans sa spécificité fédérale pour que cette dernière échappe à la sujétion de cette loi. Et il faut en dire autant des *Regulations* dans *Alltrans*.

Cette analyse me paraît conforme à celle qui a été retenue dans *Bell Canada 1966*. Ce dont il était immédiatement question dans cette affaire-là, c'était l'obligation pour l'entreprise de payer un prélèvement de quelque 50 000 \$ par an, de 1959 à 1965, et on ne peut imaginer que Bell Canada n'avait pas amplement les moyens de payer ces sommes. On peut présumer en outre que Bell Canada payait déjà à ses employés au moins le salaire minimum prévu par la loi provinciale. L'entreprise n'était donc pas entravée par l'application de la loi provinciale. Néanmoins, à la p. 770, le juge Martland cite l'art. 13 de la *Loi du salaire minimum* qui donne à la Commission le pouvoir de prescrire par ordonnance le salaire minimum, les termes de paiement, la durée du travail, les conditions de l'apprentissage «et les autres conditions de travail jugées conformes à l'esprit de la loi». Le juge Martland constate que la Commission a effectivement adopté une telle ordonnance qui, selon sa lettre, s'appliquerait à Bell Canada. Plus loin, il conclut que le pouvoir de réglementer les salaires et les conditions de travail, comme celui de réglementer le tarif de l'entreprise, affecte une partie essentielle de l'administration et de l'opération de l'entreprise. Ce qui est jugé inapplicable à Bell Canada, ce n'est donc pas seulement le règlement prélevant une cotisation de 50 000 \$ qui avait donné naissance au litige, mais également l'ordonnance adoptée en vertu de l'art. 13, le pouvoir réglementaire créé par cet article ainsi que la *Loi du salaire minimum* dans son ensemble.

En l'espèce, les appelantes et le procureur général du Québec plaident que le retrait préventif de la travailleuse enceinte ne saurait entraver l'entreprise, d'autant plus que la travailleuse enceinte

tually have to leave her work in any case, at least temporarily. I am quite prepared to admit that the exercise of this right by a pregnant worker would not go so far as to impair or paralyze the undertaking. However, given that it deprives the undertaking of part of its work force in the long distance communication sector requiring the aid of an operator, I would not be ready to concede that such a right of re-assignment does not by its very nature affect a vital or essential part of the Bell Canada undertaking.

The same may be said for *Alltrans*. The report directed Alltrans Express Ltd. to take the necessary action to ensure that its workers wear regulation safety boots and ordered it to establish and maintain an Industrial Health and Safety Committee. As we shall see more specifically in the reasons in that case, such a committee resembles the health and safety committee created by the *Act* and the safety and health committee set up by the *Canada Labour Code*. These are parity committees on which there must be the same number of representatives of the employer as of the workers. Their functions are similar to those of the health and safety committees contemplated by the *Act*, although their decision-making powers are fewer and described less precisely. I readily admit that Alltrans Express Ltd. might have complied without experiencing any impairment. However, the obligations imposed by this report are of the same type as most of those imposed on employers by the *Act*: they relate to working conditions and labour relations and to the management of the undertaking. By their very nature, therefore, they affect vital aspects of the undertaking and they encroach on the exclusive legislative authority of Parliament. As the report is directed only at Alltrans Express Ltd., it is not only inapplicable, it is *ultra vires*.

I am therefore of the view that the test of impairment is insufficient and is not conclusive in cases where, without going so far as to impair or paralyze federal undertakings, such application affects a vital part of those undertakings.

Thus, in *Canadian National*, and as we shall see in greater detail in the reasons in that case, the

devra éventuellement quitter son travail de toute façon, à titre au moins temporaire. Pour ma part, j'admets volontiers que l'exercice de ce droit par la travailleuse ne va pas en effet jusqu'à entraver ou paralyser l'entreprise. Mais comme il prive l'entreprise d'une partie de sa force de travail dans le secteur des communications interurbaines requérant l'aide d'un téléphoniste, je ne serais pas disposé à concéder qu'un tel droit de retrait, par nature, n'affecte pas un élément vital ou essentiel de l'entreprise de Bell Canada.

Il en va de même dans *Alltrans*. Le rapport ordonne à Alltrans Express Ltd. de faire en sorte que ses travailleurs portent des chaussures de sécurité réglementaires, et lui ordonne d'établir et de maintenir un «Industrial Health and Safety Committee». Comme nous le verrons de façon plus particulière dans les motifs de cet arrêt-là, un tel comité ressemble au comité de santé et de sécurité prévu par la *Loi* et au comité d'hygiène et de sécurité prévu par le *Code canadien du travail*. Ce sont des comités paritaires où les représentants de l'employeur ne peuvent être plus nombreux que ceux des travailleurs. Leurs fonctions s'apparentent à celles des comités de santé et de sécurité prévus par la *Loi* quoique leurs pouvoirs de décision soient moins nombreux et décrits de façon moins précise. J'admets volontiers que Alltrans Express Ltd. pourrait s'y conformer sans se trouver entravée pour autant. Mais les obligations imposées par ce rapport sont de la même nature que la plupart de celles imposées par la *Loi* aux employeurs: elles portent sur les conditions et les relations de travail ainsi que sur la gestion de l'entreprise. Par nature, elles affectent donc l'entreprise sur des points essentiels et elles empiètent sur la compétence législative exclusive du Parlement. Et comme le rapport ne vise que Alltrans Express Ltd., il est non seulement inapplicable, il est *ultra vires*.

Je suis donc d'avis que le test de l'entrave est insuffisant et qu'il n'est pas concluant pour les cas où, sans aller jusqu'à l'entrave ou la paralysie des entreprises fédérales, une telle application touche ou affecte une partie essentielle de ces entreprises.

Ainsi, dans *Chemins de fer nationaux*, et comme nous le verrons plus en détail dans les

inspector Christiane Courtois held an investigation and filed a report on the railway collision out of which the case arose. She analysed the possible causes of the accident and settled on the following: [TRANSLATION] "Failure to carry out a train order according to its terms". She also referred to factors relating to the working environment, including defects in the communication system making it impossible [TRANSLATION] "to receive conversations on another train or even ensure clear communications with another train or station that could be a means of exercising control over the implementation of train orders". She also referred to inadequacies in the signals, the night schedule and its effects on the alertness of crews. She ended with conclusions which have the appearance of remedial orders, though she called them "recommendations". The principal recommendation reads as follows:

[TRANSLATION] 2. I recommend, pursuant to s. 51.5 of the AOHS, that Canadian National submit to the CSST a schedule in which the company describes the stages for implementing an effective communication system that will ensure communication at all times and all points on the line, between two trains or between a train and a control point (dispatcher in Montréal or operator in a station on the line). With the help of this communication system, the company will set up a control procedure to ensure that train orders are implemented. This procedure should provide for frequent communications with train crews. It should be submitted to the CSST at the same time as the aforementioned schedule.

She further recommended the adoption of interim measures [TRANSLATION] "to remind train crews of the anticipated location of crossings".

I assume for the purposes of discussion that these recommendations do not conflict with any valid federal regulations, and I do not think it is clear that they impair the operations of the railway. However, it is plain that if these recommendations had taken the mandatory form of remedial orders, as authorized by the *Act*, and as might have been done for a provincial railway, then the vital or essential elements of the undertaking would have been affected. Such provisions would

motifs de cet arrêt, l'inspectrice Christiane Courtois a tenu une enquête et produit un rapport sur la collision ferroviaire qui a donné lieu au litige. Elle analyse les causes possibles de l'accident et retient la suivante: «L'oubli d'exécuter un ordre de marche tel qu'il avait été rédigé». Elle réfère également à des facteurs reliés au milieu de travail parmi lesquels les lacunes du système de communication qui ne permet pas «de percevoir les conversations sur un autre train ou même de communiquer de façon sûre avec un autre train ou une gare d'où pourrait être exercé un contrôle de l'application des ordres de marche». Elle réfère aussi aux insuffisances de la signalisation lumineuse, à l'horaire de nuit et à ses effets sur la vigilance des équipages. Elle conclut par ce qui ressemble à des avis de correction qu'elle qualifie cependant de «recommandations». La principale recommandation se lit comme suit:

2. Je recommande, conformément à l'article 51.5 de la LSST, que le Canadien National soumette (*sic*) à la CSST un échéancier dans lequel la compagnie décrira quelles seront les étapes de mise en place d'un système de communication efficace qui permettra une communication en tout temps et en tout point du parcours, entre deux trains ou entre un train et un point de contrôle (régulateur à Montréal ou opérateur dans une gare du parcours). À l'aide de ce système de communication, la compagnie pourra établir une procédure de contrôle visant à s'assurer de l'application des ordres de marche. Cette procédure pourra prévoir des communications fréquentes avec les équipes de train. Elle devrait être soumise à la CSST en même temps que l'échéancier précité.

Elle recommande de plus l'adoption d'une mesure intérimaire «en vue de rappeler aux équipes de train le lieu prévu d'une rencontre».

Je tiens pour acquis, pour les fins de la discussion, que ces recommandations n'entrent en conflit avec aucune réglementation fédérale valide et il ne me paraît pas évident qu'elles entravent les opérations du chemin de fer. Mais il est clair que si ces recommandations avaient pris la forme mandataire des avis de correction, comme la *Loi* le permet, et comme il aurait pu se faire à propos d'un chemin de fer provincial, alors l'entreprise aurait été touchée dans ses éléments vitaux ou essentiels. De

manifestly have been "railway legislation strictly so-called", and as they would have been addressed only to Canadian National and no one else, not only would they be inapplicable, but *ultra vires*. Indeed, it is likely that it was because such provisions are so obviously unconstitutional that they were described as "recommendations".

The impairment test is not necessary in cases in which, without going so far as to impair the federal undertaking, the application of the provincial law affects a vital part of the undertaking. This appears to be the notion which Professor Hogg quite properly mentions at p. 329 of his text, subject to our disagreement on another point:

From the company cases a similar idea of immunity was carried over to cases concerning federally regulated undertakings.

Professor Hogg comments, in a footnote:

The issue is not quite the same. The federal incorporation power does not authorize regulation of the activities of federally-incorporated companies, and therefore there can be no immunity from provincial laws regulating the activities of such companies. Undertakings (whether incorporated federally or provincially or outside Canada or even if unincorporated) operating in fields of federal legislative competence are, by definition, subject to federal regulation of their activities, and therefore some immunity from provincial laws purporting to regulate the activities of such undertakings is possible. I argue later that no immunity is necessary, but, if there is to be some immunity, one would expect it to be narrower for undertakings whose only "federal" characteristic is that they are federally-incorporated companies than for undertakings operating within fields of federal legislative competence.

In order for the inapplicability of provincial legislation rule to be given effect, it is sufficient

telles dispositions auraient manifestement constitué du «*railway legislation strictly so-called*», et comme elles ne s'adressent qu'aux Chemins de fer nationaux et à nul autre, non seulement auraient-elles été inapplicables, elles auraient été *ultra vires*. Il y a d'ailleurs lieu de penser que c'est parce que le caractère inconstitutionnel de pareilles dispositions crève les yeux qu'on les a qualifiées de «*recommandations*».

Que le test de l'entrave soit insuffisant pour les cas où, sans aller jusqu'à l'entrave, l'application d'une loi provinciale à une entreprise fédérale touche ou affecte un élément essentiel de cette entreprise est, me semble-t-il, l'idée qu'à la p. 329 de son traité le professeur Hogg énonce à juste titre, et je le dis sous réserve de notre désaccord à un autre point de vue:

[TRADUCTION] Une idée semblable d'immunité a été empruntée de la jurisprudence sur les compagnies et appliquée dans les affaires concernant les entreprises soumises à une réglementation fédérale.

Et le professeur Hogg de commenter, dans une note infra-paginale:

[TRADUCTION] La question n'est pas tout à fait la même. Le pouvoir fédéral de constituer des sociétés n'autorise pas la réglementation des activités de sociétés constituées sous le régime de la loi fédérale. Il n'y a donc pas d'immunité contre les lois provinciales réglementant les activités de ces sociétés. Les entreprises (qu'elles aient été constituées en société en vertu de la loi fédérale, en vertu de la loi provinciale ou hors du Canada, ou même si elles n'ont pas la personnalité morale) qui exercent leurs activités dans des domaines qui relèvent de la compétence législative fédérale se trouvent, par définition, assujetties à la réglementation fédérale de leurs activités. Cela étant, il est possible qu'elles échappent dans une certaine mesure à l'application de lois provinciales destinées à réglementer les activités de telles entreprises. Plus loin, je dis qu'aucune immunité n'est nécessaire, mais, s'il doit y avoir un certain degré d'immunité, on s'attendrait que celle-ci soit plus restreinte dans le cas d'entreprises dont l'unique caractéristique «*fédérale*» consiste en leur qualité de sociétés constituées sous le régime de la loi fédérale qu'elle ne l'est dans le cas d'entreprises qui exercent leurs activités dans des domaines qui relèvent de la compétence législative fédérale.

Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provin-

that the provincial statute which purports to apply to the federal undertaking affects a vital or essential part of that undertaking, without necessarily going as far as impairing or paralyzing it. Moreover, appellants and the Attorney General of Quebec only put forward the impairment argument because they contend that the *Act* has no effect on working conditions and labour relations or on the management of Bell Canada. It is on this assumption that, according to a certain line of authority, they would have to show that the *Act* does not impair a federal undertaking. As I reject this assumption, I would ordinarily have nothing more to say on the point.

However, I think it is worth making certain clarifications regarding the concept of impairment. If the application of a provincial statute to a federal undertaking has the effect of impairing or paralyzing it, that *a fortiori* is an almost certain sign that such application bears upon the specifically federal nature of the undertaking and constitutes an encroachment on the exclusive legislative authority of Parliament. It is for this reason that it would appear to me to be useful to show how various provisions of the *Act* are in fact likely to impair the operations and functioning of federal undertakings, which is an additional reason for regarding it as inapplicable to those undertakings, regardless of any conflict between federal and provincial legislation.

The concept of impairment apparently originated in decisions of the Judicial Committee when it had to be decided the extent to which federally incorporated companies are subject to provincial statutes which are general in application, and in particular to the general companies legislation in effect in a province. Laskin C.J. summarized the question in *Natural Parents*, at pp. 761-62, and I can do no better than to quote him:

If the phrase "provincial laws of general application" has any source, it is in the "federal company" cases, involving the relationship of general companies legislation of a province to federally incorporated companies. Thus, in *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, at pp. 342-3, Lord Haldane commented as follows:

ciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière. Les appelantes et le procureur général du Québec n'invoquent d'ailleurs le moyen de l'entrave que parce qu'ils plaident que la *Loi* n'est pas relative aux conditions et aux relations de travail ainsi qu'à la gestion de Bell Canada. C'est dans cette hypothèse qu'il leur faudrait démontrer en outre, selon une certaine jurisprudence, que la *Loi* n'entrave pas une entreprise fédérale. Comme je rejette cette hypothèse, je n'aurais normalement rien à ajouter à la question.

Mais il me paraît préférable d'apporter certaines précisions sur la notion d'entrave. Si l'application d'une loi provinciale à une entreprise fédérale a pour effet de l'entraver ou de la paralyser, c'est, *a fortiori*, le signe quasi infaillible que cette sujétion atteint l'entreprise dans ce qui fait sa spécificité fédérale et constitue un empiètement sur la compétence législative exclusive du Parlement. C'est dans cette mesure qu'il me semble utile de montrer combien plusieurs dispositions de la *Loi* sont en fait susceptibles d'entraver les opérations et le fonctionnement des entreprises fédérales, ce qui constitue une raison additionnelle de la considérer inapplicable à ces entreprises, et ce, en l'absence de tout conflit entre législation fédérale et législation provinciale.

La notion d'entrave trouve apparemment son origine dans des arrêts du Comité judiciaire où il a fallu décider la mesure dans laquelle les compagnies à charte fédérale sont assujetties aux lois provinciales d'application générale et particulièrement aux lois générales sur les compagnies en vigueur dans une province. Le juge en chef Laskin donne un résumé de la question dans l'arrêt *Parents naturels*, aux pp. 761 et 762, et je ne saurais mieux faire que de le citer:

Nul doute que l'expression «lois provinciales d'application générale» tire son origine des arrêts portant sur l'application, aux compagnies à charte fédérale, des lois générales sur les compagnies en vigueur dans une province. Dans *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, aux pp. 342-343, lord Haldane tient les propos suivants:

It is true that even when a company has been incorporated by the Dominion Government with powers to trade, it is not the less subject to provincial laws of general application enacted under the powers conferred by s. 92.

The history of this matter is well known because from the very beginning of its concern with the *British North America Act* the Privy Council drew a distinction between authority to incorporate companies and to prescribe their powers and their corporate structure and the internal relationship of shareholders and directors and authority to regulate the activities or enterprises in which the companies are engaged. It was in this connection that Lord Haldane made the observation above quoted. Yet in the very case in which he made it, the Privy Council concluded that it was not open to a province under its general companies legislation to require a licence of a federally incorporated company as a condition of carrying on business *qua* company because this would in effect prevent it from exercising the powers with which it was endowed by federal authority. *Attorney-General of Manitoba v. Attorney-General of Canada*, [1929] A.C. 260, and *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318, are two contrasting cases in which the principle of *John Deere Plow*, seen in later cases like *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, was applied to provincial legislation which was alleged to put federally incorporated companies at the mercy of the province in respect of the sale of their shares.

Great West Saddlery Co. v. The King, [1921] 2 A.C. 91, in particular is the source of the rule according to which, although federally incorporated companies are subject to provincial statutes of general application such as mortmain legislation and statutes requiring licences for certain purposes, the legislator cannot attach to such statutes sanctions which "would sterilize or destroy the capacities and powers" validly conferred on such companies by Parliament.

This concept of "sterilization" or "destruction", referred to herein as the concept of impairment, was transposed to the question of whether federal undertakings were subject to provincial statutes of general application. Thus, in *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541, the

[TRADUCTION] Il est vrai que, même lorsqu'une compagnie a été constituée en corporation par le Parlement fédéral et autorisée à faire du commerce, elle n'en est pas moins assujettie aux lois provinciales d'application générale adoptées en vertu des pouvoirs conférés par l'article 92.

On connaît bien l'historique de ce thème parce que le Conseil privé, dès qu'il eut à s'intéresser à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, a établi une distinction entre, d'une part, l'autorité qui permet de créer des compagnies, d'établir leurs pouvoirs et de régir leur organisation ainsi que les rapports internes entre actionnaires et administrateurs et, d'autre part, l'autorité qui permet de réglementer les activités ou les entreprises dans lesquelles s'engagent les compagnies. C'est à cela que lord Haldane fait allusion dans son commentaire cité précédemment. Pourtant, dans chaque décision où il a tenu de tels propos, le Conseil privé a conclu qu'une province ne pouvait, en vertu de ses lois générales sur les compagnies, exiger qu'une compagnie à charte fédérale se munisse d'un permis l'autorisant à exercer ses activités dans la province, puisqu'une telle mesure empêcherait cette compagnie d'exercer les pouvoirs dont l'a investie l'autorité fédérale. *Attorney General of Manitoba v. Attorney General of Canada*, [1929] A.C. 260, et *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318, sont deux arrêts divergents où le principe énoncé dans *John Deere Plow*, que l'on retrouve plus tard dans certains arrêts, tel que *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, a été appliqué à une loi provinciale qui, prétendait-on, mettait les compagnies à charte fédérale à la merci de la province relativement à la vente de leurs actions.

C'est en particulier dans l'arrêt *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, que l'on trouve la règle selon laquelle, même si les compagnies à charte fédérale sont soumises aux lois provinciales d'application générale telles les lois de mainmorte et les lois requérant des permis pour certaines fins, néanmoins le législateur ne peut assortir de telles lois de sanctions qui «stériliseraient ou détruiraient la capacité et les pouvoirs» validement conférés à de telles compagnies par le Parlement.

Ce concept de «stérilisation» ou de «destruction», que j'appelle la notion d'entrave, allait être transposé dans la question de la sujétion des entreprises fédérales aux lois provinciales d'application générale. Ainsi dans *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541, le Comité judi-

Judicial Committee held, *inter alia*, that the control a province can exercise over its highways does not extend to allowing it to impair, as by a local transportation licensing system, the operations of an international and interprovincial motor bus transport undertaking, though it authorizes the province to regulate the speed of vehicles or the side of the road on which they must operate. Similarly, in *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207, this Court held that a mechanic's lien is not applicable to a pipeline which is an interprovincial work and undertaking, as it would permit sale in parts piecemeal.

While it is not necessary for the purpose of concluding as to the inapplicability of a provincial statute, the transposition of the concept of impairment from the field of federally incorporated companies to that of federal undertakings may be valid in cases in which the application of provincial legislation to federal undertakings in fact impairs the latter, paralyzes them or destroys them. Indeed, many provisions which are fundamental to the *Act* are clearly likely to impair the undertaking to which it applies.

In deciding what constitutes impairment the Court cannot disregard potential impairment or effects, especially when, as here, far-reaching provincial statutes are at issue here designed to be accompanied by a large number of regulations, ordinances or remedial orders, or which can have major as well as minor effects on the undertaking, effects which cannot be foreseen at the time the Court must rule on whether the statute is applicable, as is true for example with exercise of the right of refusal. Furthermore, though the constitutional questions presented in the cases which make up this trilogy only make reference to certain provisions of the *Act*, these provisions must be placed in the context of the *Act* taken as a whole, as counsel did in their factums and oral argument. In my view, many of the fundamental provisions of the *Act* have the effect of impairing the undertakings to which they apply.

cière décide, entre autres, que le contrôle qu'une province peut exercer sur son réseau routier ne va pas jusqu'à lui permettre d'entraver, par exemple par un système de permis de transport local, les opérations d'une entreprise internationale et interprovinciale de transport par autocar, quoiqu'il l'habilite à réglementer la vitesse des véhicules ou le côté de la chaussée sur lequel ils doivent circuler. De même, dans *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207, cette Cour décide que le privilège foncier des constructeurs est inapplicable à un pipe-line constituant un ouvrage et une entreprise interprovinciales car il en permettait la vente par parties et, par conséquent, le morcellement.

Même si elle n'est pas nécessaire pour conclure à l'inapplicabilité d'une loi provinciale, la transposition de la notion d'entrave du domaine des compagnies à charte fédérale à celui des entreprises fédérales peut être utile dans les cas où l'application des lois provinciales aux entreprises fédérales entrave effectivement ces dernières, ou les paralyse, ou les détruit. Or plusieurs dispositions qui se trouvent au cœur de la *Loi* sont clairement susceptibles d'entraver l'entreprise qui y est soumise.

Quand il s'agit de décider s'il y a entrave, on ne peut faire abstraction des entraves ou des atteintes potentielles, surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de lois provinciales globales destinées à être complétées par un grand nombre de règlements, d'ordonnances ou d'avis de correction, ou encore susceptibles de produire sur l'entreprise des effets aussi bien majeurs que mineurs, mais impossibles à prévoir au moment où il faut statuer sur l'applicabilité de la loi, comme c'est le cas par exemple pour l'exercice du droit de refus. De plus, même si les questions constitutionnelles posées dans deux des arrêts de cette trilogie ne mentionnent que certaines dispositions de la *Loi*, il faut replacer ces dispositions dans le contexte de la *Loi*, considérée dans son ensemble, comme l'ont d'ailleurs fait les procureurs dans leurs mémoires et leurs plaidoiries. À mon avis, plusieurs dispositions cardinales de la *Loi* ont pour effet d'entraver l'entreprise qui y est assujettie.

This is true, for example, of the right of refusal of a worker who has reasonable grounds to believe that the performance of work would expose him to danger (s. 12). Although the right of refusal is an individual and not a collective right, the *Act* provides in s. 27 that several workers may refuse to perform work by reason of the same danger. It further provides in s. 28 that the exercise of the right of refusal may result in depriving other workers in the undertaking of work. When one or more workers, after the notice of refusal mentioned in s. 15, maintain their refusal, the intervention of an inspector may be requested by the workers who maintain their refusal, by the safety representative or by the employer. The inspector must settle the matter "immediately" by a substantiated decision recorded in writing: s. 19. Such a decision is executory until revised by the regional chief inspector. The worker, the safety representative and the employer may, within ten days of the mailing of the inspector's decision, apply to the regional chief inspector for a review by him: s. 21. The regional chief inspector's decision must be substantiated and recorded in writing, and is executory until revised by the *C.S.S.T.*: ss. 21 and 22. Finally, the worker, the safety representative and the employer may within ten days of the mailing of the regional chief inspector's decision apply to the Commission for a review of the decision, and this must be substantiated and recorded in writing but no prescribed time is given by the *Act*: s. 23.

A whole range of cases can readily be imagined in which exercise of the right of refusal might at one extreme have consequences of little significance to the undertaking but, at the other extreme, have devastating effects. In some cases, the problem may be resolved to the satisfaction of all concerned in less than an hour. The interruption will not have deprived the other workers of work. There will be very little effect on the undertaking. However, a quite different but in no way theoretical scenario can also be imagined: in assembly line work, one or more workers exercise their right of refusal and interrupt the assembly line; hundreds of other workers, perhaps most of those in the

Tel est le cas par exemple du droit de refus du travailleur qui a des motifs raisonnables de croire que l'exécution d'un travail l'expose à un danger (art. 12). Quoique le droit de refus soit un droit individuel et non collectif, la *Loi* prévoit à l'art. 27 que plusieurs travailleurs peuvent refuser d'exécuter un travail en raison d'un même danger. Elle prévoit également, à l'art. 28, que l'exercice du droit de refus peut avoir pour résultat de priver de travail d'autres travailleurs de l'établissement. Lorsqu'un travailleur ou quelques travailleurs, après l'avis de refus prévu à l'art. 15, persistent dans leur refus, l'intervention d'un inspecteur peut être requise par les travailleurs qui persistent dans leur refus, par le représentant à la prévention ou par l'employeur. « Dans les plus brefs délais », l'inspecteur tranche par une décision motivée et confirmée par écrit: art. 19. Cette décision est exécutoire tant qu'elle n'est pas révisée par l'inspecteur chef régional. Le travailleur, le représentant à la prévention et l'employeur peuvent, dans les dix jours de la mise à la poste de la décision de l'inspecteur, demander la révision de cette dernière par l'inspecteur chef régional: art. 21. La décision de l'inspecteur chef régional est motivée et confirmée par écrit, et elle est exécutoire tant qu'elle n'est pas révisée par la *C.S.S.T.*: art. 21 et 22. Enfin, le travailleur, le représentant à la prévention et l'employeur peuvent, dans les dix jours de la mise à la poste de la décision de l'inspecteur chef régional, demander la révision de cette décision à la *C.S.S.T.* qui tranche, dans des délais que la *Loi* ne précise pas, par une décision motivée et confirmée par écrit: art. 23.

Il est facile d'imaginer toute une gamme de cas où l'exercice du droit de refus aura, à une extrémité, des conséquences minimales pour l'entreprise, mais, à l'autre extrémité, des effets dévastateurs. Dans un cas, le problème pourra être résolu à la satisfaction de tous les intéressés en moins d'une heure. L'interruption n'aura pas privé de travail les autres travailleurs. L'entreprise ne sera que très peu affectée. Mais on peut également imaginer un scénario tout à fait différent mais aucunement théorique: dans un travail à la chaîne, un ou quelques travailleurs se prévalent de leur droit de refus et interrompent la chaîne; des centaines d'autres travailleurs, peut-être la plupart de ceux de

undertaking, are deprived of work as a result. The problem, instead of being resolved in an hour, drags on for two or three weeks, in view of the time needed for appeals to the regional chief inspector and the C.S.S.T. If the inspector and the regional chief inspector, whose decisions are executory, have ruled against the employer, the latter may, not of course in legal terms but from a practical standpoint, be faced with a situation in which the effects are equivalent to those of a strike, but with one difference: the workers who have exercised the right of refusal will be deemed to be at work and accordingly entitled to be paid. The exercise of the right of refusal in such a case manifestly impairs the operations of the undertaking.

Between this major impairment and the minor inconvenience mentioned above, there may be hundreds of possible interruptions, of greater or less duration, affecting a greater or smaller number of other workers and more or less of the operations of the undertaking, and it will be impossible for the Court at the time it must decide on whether the *Act* is applicable to foresee the number and significance of these at least temporary interruptions. In such circumstances, it is the right of refusal as a whole, with all it may entail, which must be held inapplicable to the federal undertaking. I think it is clear that the courts could not be asked to decide on a case by case basis at what point there is impairment.

Other provisions of the *Act* may impair a federal undertaking. Thus, section 62 provides that in an accident "The scene of the incident must remain unchanged until it has been investigated by the inspector, except to prevent an aggravation of its consequences, or unless the inspector authorizes a change". In the case of an accident such as that which occurred in *Canadian National*, the effect of this provision is to close down the railway and interrupt the railway service so long as the investigation is in progress, unless the inspector orders otherwise. This is an impairment, temporary certainly, but complete as long as it lasts.

An inspector may also, under ss. 186, 187, 188 and 189, order the suspension of work or the

l'entreprise, sont privés de travail par voie de conséquence; le problème, au lieu de se résoudre en une heure, traîne pendant deux ou trois semaines, compte tenu des délais d'appel à l'inspecteur chef régional et à la C.S.S.T. Si l'inspecteur et l'inspecteur chef régional, dont les décisions sont exécutoires, ont statué contre l'employeur, celui-ci peut se trouver confronté, non pas sur le plan juridique bien sûr, mais sur le plan pratique, à une situation dont les effets équivalent à ceux d'une grève, à une différence près: les travailleurs qui se sont prévalus du droit de refus sont réputés être au travail et ont par conséquent droit à leur salaire. L'exercice du droit de refus dans un tel cas entrave manifestement les opérations de l'entreprise.

Entre cette entrave majeure et l'inconvénient mineur évoqué plus haut, il y a place pour des centaines d'interruptions possibles, de durée plus ou moins longue, affectant un nombre plus ou moins élevé d'autres travailleurs et touchant plus ou moins les opérations de l'entreprise, sans qu'il soit possible, au moment de statuer sur l'applicabilité de la *Loi*, de prévoir le nombre et l'importance de ces interruptions du moins temporaires. Dans ces conditions, c'est le droit de refus en entier et avec toutes ses virtualités qui doit être déclaré inapplicable à l'entreprise fédérale. Il me paraît évident que les tribunaux ne sauraient être appelés à décider, cas par cas, à quel moment il y a entrave.

D'autres dispositions de la *Loi* sont susceptibles d'entraver une entreprise fédérale. Ainsi, l'article 62 prescrit-il que, lors d'un accident, «les lieux doivent demeurer inchangés pour le temps de l'enquête de l'inspecteur, sauf pour empêcher une aggravation des effets de l'événement ou si l'inspecteur autorise un changement». Dans le cas d'un accident comme celui qui est survenu dans *Chemins de fer nationaux*, cette disposition a pour effet d'entraîner la fermeture de la voie ferrée et l'interruption du service ferroviaire pendant la durée de l'enquête, sauf si l'inspecteur en ordonne autrement. C'est là une entrave temporaire, certes, mais complète tant qu'elle dure.

Un inspecteur peut au surplus, en vertu des art. 186, 187, 188 et 189, ordonner la suspension des

complete or partial shutdown of a workplace and, if necessary, affix seals if he or she considers a worker's health, safety or physical well-being to be endangered. No one may then enter the workplace without the inspector's authorization. Work cannot resume and the workplace cannot be reopened until the inspector so authorizes. Under these powers, an inspector could, if the *Act* is applicable to Canadian National or to Bell Canada, close down a train station, a railway signal depot, a railway which he or she regarded as obsolete, or an essential part of the Bell Canada telecommunications network. Such measures are not punitive provisions designed to enforce the legislation or provincial regulations, like those in question in *Great West Saddlery Co. v. The King, supra*, and those to which Lambert J.A. alludes to in *Alltrans*. They are provisions designed to protect occupational health and safety and are an integral part of the preventive system set up by the *Act*. However, it is clear that they would impair undertakings such as Canadian National and Bell Canada.

Section 182 of the *Act* empowers an inspector to "issue a remedial order requiring a person to comply with this act or the regulations, and fix the time in which he must comply". Section 184 provides that a person to whom an inspector has given a remedial order shall carry it out in the appointed time. These provisions must be read not only in light of ss. 186 *et seq.*, regarding the shutting down of workplaces, but also in relation to s. 236, which sets out offences and penalties against "Every person who contravenes this act or a regulation or refuses to conform to a decision or order rendered under this act or the regulations . . ."

Here again, a range of remedial orders may be imagined that would have the most minimal or the greatest impact on the undertaking. A remedial order directing the repair or replacement of a defective electric wire may only involve an expenditure of a few dollars. But an order directing that the undertaking immediately replace equipment

travaux, ou la fermeture, en tout ou en partie d'un lieu de travail, et, s'il y a lieu, apposer les scellés lorsqu'il juge qu'il y a danger pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique des travailleurs. Personne n'est alors admis sur les lieux sauf avec l'autorisation de l'inspecteur. Les travaux ne peuvent reprendre ou le lieu de travail être réouvert avant que l'inspecteur ne l'ait autorisé. En vertu de ces pouvoirs, un inspecteur pourrait, si la *Loi* est applicable aux Chemins de fer nationaux ou à Bell Canada, fermer une gare, un centre de signalisation ferroviaire, une voie ferrée qu'il jugerait décrépite, une partie essentielle du réseau de télécommunications de Bell Canada. De telles mesures ne sont pas des mesures punitives destinées à sanctionner la législation ou la réglementation provinciale, comme celles dont il était question dans *Great West Saddlery Co. v. The King, précité*, et auxquelles le juge Lambert fait allusion dans *Alltrans*. Ce sont des mesures destinées à protéger la santé et la sécurité au travail et qui font partie intégrante du régime de prévention mis en place par la *Loi*. Mais il est évident qu'elles entraveraient alors des entreprises comme les Chemins de fer nationaux et Bell Canada.

L'article 182 de la *Loi* habilite un inspecteur à «émettre un avis de correction enjoignant une personne de se conformer à la présente loi ou aux règlements et fixer un délai pour y parvenir». L'article 184 prescrit que la personne à qui un inspecteur a donné un avis de correction doit y donner suite dans le délai imparti. Ces dispositions doivent se lire non seulement à la lumière des art. 186 et suivants, relatifs à la fermeture des lieux de travail, mais également en fonction de l'art. 236 qui prévoit des infractions et des peines contre «Quiconque contrevient à la présente loi ou aux règlements ou refuse de se conformer à une décision ou à un ordre rendu en vertu de la présente loi ou des règlements . . .»

Dans ce domaine encore, on peut concevoir une gamme d'avis de correction ayant sur l'entreprise les effets les plus minimes ou l'impact le plus considérable. Un avis de correction enjoignant la réparation ou le remplacement d'un fil électrique défectueux peut n'entraîner qu'une dépense de quelques dollars. Mais un avis enjoignant que l'on

that may be old or new, but that is regarded as dangerous, and is worth hundreds of thousands or even millions of dollars, may depending on the circumstances impair the operations of the undertaking or, at the very least, affect vital aspects of the federal undertaking and even, as in the case at bar as well as in *Canadian National*, affect the federal work which is the infrastructure of the undertaking.

Before passing on to the next heading and then to my conclusions, I must qualify the opinion I have expressed throughout these reasons, that the *Act* as a whole is inapplicable to federal undertakings. It is clear, for example, that the provisions creating the *C.S.S.T.* remain applicable for the purposes of administering other legislation, which may apply to federal undertakings. It is also possible that regulations adopted pursuant to other statutes, which under the transitional provisions of the *Act* are deemed to be adopted pursuant to the *Act*, continue to be applicable to federal undertakings. This was not raised in the written or oral arguments. I must also mention that there was no discussion of the severability of the *Act* in terms of applying it to federal undertakings. What I have said regarding the *Act* as a whole must therefore be limited to the provisions I have analysed in order to characterize and classify it, which were the only ones discussed by the parties.

IX—Conflict with Federal Legislation

Are sections 33, 36, 37 and 40 to 45 of the *Act* inoperative because they conflict with federal legislation? As we saw above, the majority on the Quebec Court of Appeal held that there is an irreconcilable conflict between the provincial and federal legislation. Monet J.A. acknowledged the difference between the procedures provided by the two statutes for the settlement of disputes and maintained that [TRANSLATION] “the conflict must go beyond procedure” to render the provincial act inoperative.

In my opinion, and I say so with respect for the opposite view, a procedural conflict may suffice to render the provincial act inoperative if the conflict is irreconcilable or if, as the majority held, it leads

remplace dans les plus brefs délais un équipement ancien ou récent, mais jugé dangereux, valant des centaines de milliers de dollars, voire des millions, peut, selon les circonstances, entraver les opérations de l'entreprise ou, à tout le moins, affecter dans ses éléments essentiels l'entreprise fédérale et même, en l'espèce comme dans *Chemins de fer nationaux*, toucher l'ouvrage fédéral qui constitue l'infrastructure de l'entreprise.

Il me faut, avant de passer au prochain chapitre et d'en arriver à mes conclusions, qualifier l'opinion que j'ai exprimée tout au cours de ces raisons et selon laquelle la *Loi* est, dans son ensemble, inapplicable aux entreprises fédérales. Il est évident par exemple que les dispositions qui créent la *C.S.S.T.* demeurent applicables pour les fins de l'administration d'autres lois qui, elles, peuvent s'appliquer aux entreprises fédérales. Il est possible aussi que les règlements adoptés en vertu d'autres lois et qui, en vertu des dispositions transitoires de la *Loi*, sont présumés être adoptés en vertu de la *Loi*, demeurent applicables à des entreprises fédérales. Il n'en a pas été question dans la plaidoiries écrites ou orales. Je tiens à préciser qu'il n'a pas été question non plus de la divisibilité de la *Loi* au point de vue de son applicabilité aux entreprises fédérales. Ce que je dis de l'ensemble de la *Loi* doit donc se restreindre aux dispositions que j'analyse pour la qualifier et la classer et qui seules ont été discutées par les parties.

IX—Conflit avec la législation fédérale

Les articles 33, 36, 37 et 40 à 45 de la *Loi* sont-ils inopérants parce qu'ils entreraient en conflit avec la législation fédérale? Nous l'avons vu plus haut, la majorité en Cour d'appel du Québec juge qu'il y a un conflit insoluble entre la législation provinciale et la législation fédérale. Le juge Monet reconnaît la différence entre les procédures prescrites par les deux législations pour le règlement de différends et maintient que «le conflit doit aller au-delà de la procédure» pour rendre la loi provinciale inopérante.

À mon avis, que j'exprime avec égards pour l'opinion contraire, un conflit de procédure peut suffire à rendre la loi provinciale inopérante s'il est insoluble ou si, comme le décide la majorité, il

to a deadlock. The mere duplication of two enactments certainly does not make the *Act* inoperative: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, *supra*. However, in view of the difference between the mechanisms resulting in re-assignment in both statutes, between the rights conferred on workers under the two schemes, between the types of danger which give rise to the right, between the procedures and the avenues of appeal, I am inclined to think as did the majority on the Court of Appeal that there is a practical and functional incompatibility between the two groups of provisions.

However, I do not have to decide this since, in my opinion, the *Act* is not applicable to Bell Canada.

X—Conclusion

I would answer the first constitutional question in the negative.

In view of my answer to the first question, it is not necessary to answer the second.

I would dismiss the appeal with costs throughout. However, no costs should be awarded for or against the *mis en cause*.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Dallaire, Joly-Ryan, Lafontaine & Associés, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Buist, April & Plouffe, Montréal; Stikeman, Elliott, Tamaki & Associés, Montréal.

Solicitor for the mis en cause the Attorney General of Quebec: Réal A. Forest, Ste-Foy.

Solicitor for the mis en cause the Attorney General of Canada: Gaspard Côté, Montréal.

aboutit à une impasse. Le simple dédoublement des deux législations ne pourrait sûrement pas rendre la *Loi* inopérante: *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, précité. Mais, compte tenu de la différence entre les mécanismes qui déclenchent le retrait préventif dans les deux lois, entre les droits qui sont accordés aux travailleurs sous les deux régimes, entre les dangers qui donnent ouverture au droit, entre les procédures et les organismes d'appel, j'incline à penser, comme la majorité de la Cour d'appel, qu'il y a incompatibilité pratique et opérationnelle entre les deux ensembles de dispositions.

Mais je n'ai pas à le décider puisque, selon moi, la *Loi* n'est pas applicable à Bell Canada.

X—Conclusion

Je répondrais à la première question constitutionnelle par la négative.

Vu ma réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde.

Je rejetterais le pourvoi avec dépens dans toutes les Cours. Toutefois, il ne devrait pas y avoir d'adjudication de dépens pour ou contre les *mis en cause*.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Dallaire, Joly-Ryan, Lafontaine & Associés, Longueuil.

Procureurs de l'intimée: Buist, April & Plouffe, Montréal; Stikeman, Elliott, Tamaki & Associés, Montréal.

Procureur du mis en cause le procureur général du Québec: Réal A. Forest, Ste-Foy.

Procureur du mis en cause le procureur général du Canada: Gaspard Côté, Montréal.

Canadian National Railway Company
Appellant

v.

Christiane Courtois and the Commission de la santé et de la sécurité du travail *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec and the Attorney General of Canada *Mis en cause*

and between

Commission de la santé et de la sécurité du travail and Christiane Courtois *Appellants*

v.

Canadian National Railway Company
Respondent

and

The Attorney General of Quebec and the Attorney General of Canada *Mis en cause*

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. COURTOIS

File Nos.: 17663, 17768.

1986: January 28, 29, 30; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Applicability of provincial legislation — Occupational health and safety — Federal undertaking — Provincial commission of inquiry — Inquiry into railway accident involving trains of federal railway undertaking — Commission created pursuant to provincial occupational health and safety statute — Whether provincial statute regulating occupational health and safety conditions constitutionally applicable to federal undertaking — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10) — Act respecting occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63, ss. 62, 177 to 193.

This appeal is part of a trilogy which also includes *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, and *Alltrans* ^j

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *Appelante*

c.

Christiane Courtois et la Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intimées*

et

Le procureur général du Québec et le procureur général du Canada *Mis en cause*

et entre

Commission de la santé et de la sécurité du travail et Christiane Courtois *Appelantes*

c.

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *Intimée*

d

et

Le procureur général du Québec et le procureur général du Canada *Mis en cause*

e

RÉPERTORIÉ: COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. COURTOIS

N^{os} du greffe: 17663, 17768.

^f 1986: 28, 29, 30 janvier; 1988: 26 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

g

Droit constitutionnel — Applicabilité d'une loi provinciale — Santé et sécurité du travail — Entreprise fédérale — Commission d'enquête provinciale — Enquête relative à un accident ferroviaire impliquant des convois d'une entreprise ferroviaire fédérale — Commission constituée en vertu d'une loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail — Une loi provinciale qui régleme les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle applicable à une entreprise fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10) — Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63, art. 62, 177 à 193.

Le présent pourvoi fait partie d'une trilogie qui comprend également *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S.

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

Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board), [1988] 1 S.C.R. 897. The three appeals which raise similar questions were heard consecutively and were essentially consolidated for purposes of the hearings. In *Bell Canada* the Court reviewed the rules applicable to the three cases and arrived at a constitutional characterization and classification of the *Act respecting occupational health and safety*, which is the subject of the case at bar and of *Bell Canada*.

As the result of a collision between two railway trains owned by CN in Quebec in which three employees of that federal undertaking lost their lives and a fourth was injured, an inspector of the Commission de la santé et de la sécurité du travail initiated an investigation into the railway accident and sent subpoenas to CN employees. The summons served on one of the employees also included a *duces tecum*. The subpoenas were issued under ss. 62 and 177 to 193 of the *Act respecting occupational health and safety*, which require an employer to prepare an accident report and empower an inspector appointed by the Commission to investigate and issue remedial orders obliging any person to comply with the Act or regulations and fixing a time within which such person must comply. CN then applied to the Superior Court for a writ of evocation on the ground, *inter alia*, that the Act does not constitutionally apply to it and that the inspector had no jurisdiction to hold the investigation. The application for the writ was allowed. The Court of Appeal reversed the judgment but authorized the writ of evocation to be issued to quash the *duces tecum* and prohibited the Commission and the inspector from investigating the internal workings of CN. This appeal raises the following constitutional question: whether ss. 62 and 177 to 193 of the *Act respecting occupational health and safety* are *ultra vires*, inapplicable or inoperative, in whole or in part, in respect of an interprovincial railway undertaking, whose railway works have been declared to be works for the general advantage of Canada. More particularly, can a provincial inquiry commission established pursuant to ss. 177 to 193 of the Act: (a) investigate and compel testimony by subpoena to determine the causes of a railway accident involving CN trains and to examine the occupational safety conditions of a federal railway undertaking? (b) make recommendations to correct the rules, practices and methods of operation of this federal undertaking in relation to the safety of personnel operating trains? and (c) require such recommendations to be implemented pursuant to ss. 182 to 193 of the Act?

749, et *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897. Les trois pourvois, qui soulèvent des questions similaires, ont été entendus consécutivement et se sont retrouvés presque réunis pour fins d'audition. C'est dans *Bell Canada* que l'on procède à la révision des principes applicables aux trois arrêts ainsi qu'à la qualification et à la classification constitutionnelle de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* qui fait l'objet du litige en l'espèce ainsi que dans *Bell Canada*.

À la suite d'une collision au Québec entre deux convois ferroviaires appartenant au CN, laquelle a coûté la vie à trois employés de cette entreprise fédérale et en a blessé un quatrième, une inspectrice de la Commission de la santé et de la sécurité du travail a ouvert une enquête sur l'accident ferroviaire et a adressé des *subpoenas* à des employés du CN. L'assignation délivrée à l'un des employés comportait également un *duces tecum*. Les *subpoenas* ont été délivrés en vertu des art. 62 et 177 à 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* qui obligent un employeur à faire un rapport d'accident et qui habilite un inspecteur désigné par la Commission à faire enquête et à émettre des avis de correction enjoignant une personne de se conformer à la Loi ou aux règlements et à fixer un délai pour y parvenir. Le CN s'est alors adressé à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation au motif, entre autres, que la Loi ne lui est pas constitutionnellement applicable et que l'inspectrice n'a aucune juridiction pour tenir cette enquête. La requête a été accordée. La Cour d'appel a infirmé le jugement mais elle a autorisé la délivrance du bref aux fins d'annuler le *duces tecum* et elle a interdit à la Commission et à l'inspectrice de faire enquête sur la régie interne du CN. Le présent pourvoi soulève la question constitutionnelle suivante: les art. 62 et 177 à 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* sont-ils *ultra vires*, inapplicables ou inopérants, en tout ou en partie, quant à une entreprise ferroviaire interprovinciale, dont les ouvrages de chemin de fer ont été déclarés être à l'avantage général du Canada? Plus particulièrement, une commission d'enquête provinciale constituée en vertu des art. 177 à 193 de la Loi peut-elle: a) enquêter et contraindre des témoins par voie de *subpoena* afin de déterminer les causes d'un accident ferroviaire impliquant des convois du CN et les conditions de sécurité de travail au sein d'une entreprise ferroviaire fédérale? b) faire des recommandations afin de corriger des règles, pratiques ou méthodes d'exploitation ferroviaire de cette entreprise fédérale relativement à la sécurité du personnel préposé à l'exploitation des trains? et c) rendre ces corrections coercitives en vertu des art. 182 à 193 de la Loi?

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. Sections 62 and 177 to 193 of the Act are wholly inapplicable to an interprovincial railway undertaking, including railway works declared to be for the general advantage of Canada. The subquestions should be answered in the negative.

Because of its preventive nature, the *Act respecting occupational health and safety* inevitably regulates, directly and massively, the working conditions, labour relations and management of the undertakings to which it applies, and for these reasons it is inapplicable to federal undertakings: *Bell Canada*. Chapter X of the Act, which includes ss. 177 to 193, must be characterized and classified like the Act, as it is a key part of its prevention policy and an essential means of attaining the object of the Act, mentioned in s. 2: "the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers". It follows that Chapter X of the Act is inapplicable to CN and that, lacking any legal basis other than the provisions of this chapter, the investigation conducted by the inspector of the Commission de la santé et de la sécurité au travail was undertaken without the inspector having the power to do so. The effect of the investigation on the federal undertaking is not relevant. The Superior Court judgment must be restored.

The Court of Appeal made a fundamental error in concentrating on the power of the Commission to initiate an investigation and on the limits of such power, but virtually forgetting the principal question, the characterization and general classification of the Act creating the investigative power. The first question should have focussed on what authority the Commission could initiate an investigation. As the source of this authority could only be in the Act, it was necessary to characterize and classify the Act in constitutional terms in order to decide whether it applies to federal undertakings. This essential part of the analysis was overlooked.

The Court of Appeal made another error as it did not distinguish between free investigations or free collection of information and compulsory investigations which must be based on a specific constitutional power. The Court of Appeal and respondents appeared to consider mistakenly the compulsory investigation as an end in itself, regardless of the field with which it is concerned.

Finally, respondents' submission that the inspector's report contained mere recommendations is not tenable: the coercion lies in the instituting and holding of the investigation itself, and it is this coercion which requires a constitutional justification.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. Les articles 62 et 177 à 193 de la Loi sont inapplicables en tout à une entreprise ferroviaire interprovinciale, dont les ouvrages de chemin de fer ont été déclarés être à l'avantage général du Canada. Les sous-questions reçoivent une réponse négative.

À cause de son caractère préventif, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* vise inévitablement, directement et massivement les conditions de travail, les relations de travail et la gestion des entreprises auxquelles elle s'applique et, pour ces motifs, elle est inapplicable aux entreprises fédérales: *Bell Canada*. Le chapitre X de la Loi, qui comprend les art. 177 à 193, doit être qualifié et classifié à l'instar de la Loi car il constitue un élément clef de sa politique de prévention et un moyen essentiel d'atteindre l'objet de la Loi, mentionné à son art. 2, soit «l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs». Il s'ensuit que le chapitre X de la Loi est inapplicable au CN et que, privée de toute base juridique autre que les dispositions de ce chapitre, l'enquête instituée par l'inspectrice de la Commission de la santé et de la sécurité au travail l'a été sans que celle-ci ait compétence pour le faire. L'effet de l'enquête sur l'entreprise fédérale n'est pas pertinent. Le jugement de la Cour supérieure doit être rétabli.

La Cour d'appel a commis une erreur fondamentale en se concentrant sur le pouvoir de la Commission d'instituer une enquête, ainsi que sur les limites d'un tel pouvoir, mais en oubliant presque la question principale, soit la qualification et la classification générale de la loi créant ce pouvoir d'enquête. Il fallait d'abord se demander en vertu de quelle autorité la Commission pouvait instituer une enquête. Comme la source de cette autorité ne pouvait se trouver que dans la Loi, il était nécessaire de qualifier et de classer cette dernière au plan constitutionnel pour juger de son applicabilité à des entreprises fédérales. Cette partie essentielle de l'analyse s'est trouvée escamotée.

La Cour d'appel a commis une autre erreur en ne distinguant pas entre les enquêtes libres ou libres collectes de renseignements, et les enquêtes coercitives qui doivent s'ancrer dans une compétence constitutionnelle déterminée. La Cour d'appel et les intimées ont considéré à tort l'enquête coercitive comme une fin en soi, abstraction faite du domaine sur lequel elle porte.

Enfin, l'argument des intimées selon lequel le rapport de l'inspectrice ne contient que de simples recommandations ne saurait tenir: c'est dans l'institution et la tenue même de l'enquête que réside la coercition, et c'est à cette coercition qu'il importe d'apporter une justification constitutionnelle.

Cases Cited

Followed: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité au travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; **referred to:** *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63, ss. 2, 62, 160, 161, 177 to 193.
Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10).
Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3, s. 91 [repl. 1978, c. 57, s. 47; repl. 1979, c. 63, s. 264].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 31, 5 D.L.R. (4th) 36, allowing in part an appeal by respondents from a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 99, which authorized a writ of evocation to be issued. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Daniel Chénard and François Aquin, for the appellants.

Yves Tardif and Henri Brun, for the respondents.

Jean-François Jobin, for the mis en cause the Attorney General of Quebec.

Gaspard Côté, Q.C., for the mis en cause the Attorney General of Canada.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—

I—Introduction

This appeal is the second in a trilogy which also includes *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897, and *Bell Canada v. Quebec*

Jurisprudence

Arrêts suivis: *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité au travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; **arrêts mentionnés:** *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10).
Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63, art. 2, 62, 160, 161, 177 à 193.
Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3, art. 91 [repl. 1978, chap. 57, art. 47; repl. 1979, chap. 63, art. 264].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 31, 5 D.L.R. (4th) 36, qui a accueilli en partie l'appel des intimées à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 99, qui avait autorisé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Daniel Chénard et François Aquin, pour l'appelante.

Yves Tardif et Henri Brun, pour les intimées.

Jean-François Jobin, pour le mis en cause le procureur général du Québec.

Gaspard Côté, c.r., pour le mis en cause le procureur général du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Introduction

Ce pourvoi est le deuxième d'une trilogie qui comprend également *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897, ainsi que *Bell*

(*Commission de la santé et de la sécurité du travail*), [1988] 1 S.C.R. 749 (“*Bell Canada*”).

The three appeals raise similar questions which can be stated as one: is a provincial statute regulating health and safety conditions in the workplace, like the statutes at issue, constitutionally applicable to a federal undertaking?

As explained in *Bell Canada*, in which the reasons for judgment were written first, the three appeals were heard consecutively and essentially joined for purposes of hearing. In *Bell Canada* the Court reviewed the rules applicable to the three cases and arrived at a constitutional characterization and classification of the *Act respecting occupational health and safety*, S.Q. 1979, c. 63 (the “*Act*”), which is the subject of the case at bar and of *Bell Canada*.

II—Impugned Legislation

The particular legislation allegedly serving as the legal basis for the investigation held into the railway accident giving rise to the case at bar is cited in *Bell Canada*, but it will be necessary to cite it again. The provisions are contained in Chapter X of the *Act*, entitled “*Inspection*”, and include all the sections in that chapter, namely ss. 177 to 193. They also include ss. 160 and 161, to which s. 178 refers, and s. 62.

These provisions read as follows:

62. Every employer must inform the regional chief inspector of an incident, by the most rapid means of communication, and, within 24 hours, make a written report to him, in the form and with the information prescribed by regulation, if it has caused

- (1) the death of a worker;
- (2) such serious injury to a worker as probably to prevent him from performing his work for ten consecutive working days;
- (3) such serious injuries to several workers as probably to prevent them from performing their work for one working day; or
- (4) material damage valued at \$50 000 or more.

Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), [1988] 1 R.C.S. 749 («*Bell Canada*»).

- a Les trois pourvois soulèvent des questions similaires que l'on peut résumer en une seule: une loi provinciale qui régleme les conditions de santé et de sécurité du travail, telles les lois en litige, est-elle constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale?
- b

Comme il est expliqué dans *Bell Canada*, dont les motifs ont été rédigés en premier lieu, les trois pourvois ont été entendus consécutivement et se sont trouvés presque réunis pour fins d'audition. C'est dans *Bell Canada* que l'on procède à la révision des principes applicables aux trois arrêts ainsi qu'à la qualification et à la classification constitutionnelles de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1979, chap. 63 (la «*Loi*»), qui fait l'objet du litige en l'espèce ainsi que dans *Bell Canada*.

e II—Les dispositions législatives attaquées

Les dispositions législatives particulières servant prétendument de base juridique à l'enquête tenue sur l'accident ferroviaire qui a donné lieu au présent litige sont citées dans *Bell Canada* mais il convient de les citer à nouveau. Elles se trouvent dans le chapitre X de la *Loi*, intitulé «*Inspection*», et elles comprennent tous les articles de ce chapitre, soit les art. 177 à 193. Elles comprennent également les art. 160 et 161, auxquels renvoie l'art. 178, ainsi que l'art. 62.

Voici le texte de ces dispositions:

62. L'employeur doit informer, par le moyen de communication le plus rapide, l'inspecteur chef régional et dans les 24 heures, faire un rapport écrit à l'inspecteur chef régional selon la forme et avec les renseignements exigés par règlement, de tout événement entraînant:

- 1° le décès d'un travailleur;
- 2° des blessures telles à un travailleur qu'il ne pourra probablement pas accomplir ses fonctions pendant dix jours ouvrables;
- 3° des blessures telles à plusieurs travailleurs qu'ils ne pourront pas accomplir leurs fonctions pendant un jour ouvrable; ou
- 4° des dommages matériels de 50 000 \$ et plus.

The employer shall also inform the health and safety committee and the safety representative.

The scene of the incident must remain unchanged until it has been investigated by the inspector, except to prevent an aggravation of its consequences, or unless the inspector authorizes a change.

Copy of the employer's report must be transmitted without delay to the health and safety committee, the safety representative and the certified association.

177. For the purposes of the application of this act and the regulations, inspectors and regional chief inspectors shall be appointed and remunerated in accordance with the Civil Service Act.

178. Sections 160 and 161 apply to an inspector or regional chief inspector appointed under section 177.

Sections 160 and 161 provide:

160. For the exercise of its powers, the Commission or a person designated by it may inquire into any matter within its jurisdiction. The Commission or the designated person is vested with the powers and immunity of commissioners appointed under the Act respecting public inquiry commissions (R.S.Q., c. C-37), except the power to impose imprisonment.

A person designated to make an inquiry shall not disclose information obtained during the inquiry except in the performance of his duties or with the authorization of the Commission or a tribunal.

161. Neither the Commission, the members of its board of directors, its vice-chairmen nor its officers may be sued by reason of official acts done by them in good faith in the exercise of their functions.

The remainder of Chapter X contains the following provisions:

179. An inspector, in the performance of his duties, may, at any reasonable hour of the day or night, enter a place where activities are carried on in the fields contemplated in this act and the regulations.

An inspector acting under this section has access to all the books, registers and records of any employer, principal contractor, supplier or other person carrying on an activity in the fields contemplated by this act and the regulations. A person having custody, possession or control of these books, registers or records shall give communication of them to the inspector and facilitate his examination of them.

L'employeur informe également le comité de santé et de sécurité et le représentant à la prévention.

Les lieux doivent demeurer inchangés pour le temps de l'enquête de l'inspecteur, sauf pour empêcher une aggravation des effets de l'événement ou si l'inspecteur autorise un changement.

Copie du rapport de l'employeur doit être transmise dans les plus brefs délais au comité de santé et de sécurité, au représentant à la prévention et à l'association accréditée.

177. Aux fins de l'application de la présente loi et des règlements, des inspecteurs et des inspecteurs chefs régionaux sont nommés et rémunérés suivant la Loi sur la fonction publique.

178. Les articles 160 et 161 s'appliquent à un inspecteur et à un inspecteur chef régional nommés en vertu de l'article 177.

Les articles 160 et 161 disposent:

160. Pour l'exercice de ses pouvoirs, la Commission ou une personne qu'elle désigne peut enquêter sur toute matière de sa compétence. La Commission ou la personne désignée est investie des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (L.R.Q., c. C-37), sauf de celui d'imposer l'emprisonnement.

La personne désignée pour faire enquête ne peut divulguer les renseignements obtenus au cours de cette enquête, sauf dans l'exécution de ses fonctions ou avec l'autorisation de la Commission ou d'un tribunal.

161. La Commission, les membres de son conseil d'administration, ses vice-présidents et fonctionnaires ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'actes accomplis par eux de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions.

Le reste du chapitre X comporte les dispositions suivantes:

179. Un inspecteur peut, dans l'exercice de ses fonctions, pénétrer à toute heure raisonnable du jour ou de la nuit dans un lieu où sont exercées des activités dans les domaines visés dans la présente loi et les règlements.

Un inspecteur a alors accès à tous les livres, registres et dossiers d'un employeur, d'un maître d'œuvre, d'un fournisseur ou de toute autre personne qui exerce une activité dans les domaines visés dans la présente loi et les règlements. Une personne qui a la garde, la possession ou le contrôle de ces livres, registres ou dossiers doit en donner communication à l'inspecteur et lui en faciliter l'examen.

An inspector shall, on demand, produce a certificate of his office.

If the investigation is to be made in a place wholly or partly used as a dwelling, the inspector must, to carry out his duties, have a search warrant issued under the Summary Convictions Act (R.S.Q., c. P-15) or the written consent of the occupant.

180. The inspector may, in addition to his general powers,

- (1) investigate any matter within his competence;
- (2) require the employer or principal contractor, whichever is the case, to produce the plan of the installations and of the layout of the equipment;
- (3) take, free of charge, samples of any kind, particularly of objects used by the workers, for analysis; he must then inform the employer and, if possible, return the samples to him after analysis;
- (4) conduct tests and make photographs or recordings at a workplace;
- (5) in order to ensure that a building, a structure or civil engineering works are stable, require the employer, principal contractor or owner to produce an attestation of solidity signed by an engineer or architect, or an attestation contemplated in section 54;
- (6) in such cases as he may determine, instal a measuring device at a workplace, or cause it to be worn by a worker with the worker's written consent, or order the employer to instal it or cause it to be worn at the time and place the inspector indicates, and require the employer to transmit the data on the terms and conditions the inspector determines;
- (7) be accompanied by one or more persons of his choice while performing his duties.

181. On arriving at a workplace, and before making an investigation or inspection, an inspector shall take reasonable steps to advise the employer, the certified association and the prevention officer. On a construction site, he shall advise the principal contractor and the safety representative.

182. If he considers it advisable, an inspector may issue a remedial order requiring a person to comply with this act or the regulations, and fix the time in which he must comply.

183. The inspector shall communicate the findings of his investigation or inspection to the employer, the certified association, the job-site committee, the health and

Un inspecteur doit, s'il en est requis, exhiber un certificat attestant sa qualité.

Si l'enquête doit se faire dans un endroit servant entièrement ou partiellement à des fins d'habitation, l'inspecteur doit pour exercer ses fonctions, être muni d'un mandat de perquisition émis en vertu de la Loi sur les poursuites sommaires (L.R.Q., c. P-15) ou avoir l'assentiment écrit de la personne qui occupe cet endroit.

180. En outre des pouvoirs généraux qui lui sont dévolus, l'inspecteur peut:

1. enquêter sur toute matière relevant de sa compétence;
2. exiger de l'employeur ou du maître d'œuvre, selon le cas, le plan des installations et de l'aménagement du matériel;
3. prélever, sans frais, à des fins d'analyse, des échantillons de toute nature notamment à même les objets utilisés par les travailleurs; il doit alors en informer l'employeur et lui retourner, après analyse, l'objet ou les échantillons prélevés lorsque c'est possible de le faire;
4. faire des essais et prendre des photographies ou enregistrements sur un lieu de travail;
5. exiger de l'employeur, du maître d'œuvre ou du propriétaire, pour s'assurer de la solidité d'un bâtiment, d'une structure ou d'un ouvrage de génie civil, une attestation de solidité signée par un ingénieur ou un architecte ou une attestation prévue par l'article 54;
6. installer, dans les cas qu'il détermine, un appareil de mesure sur un lieu de travail ou sur un travailleur si ce dernier y consent par écrit ou ordonner à l'employeur d'installer un tel appareil et ce, dans un délai et dans un endroit qu'il désigne, et obliger l'employeur à transmettre les données recueillies selon les modalités qu'il détermine;
7. se faire accompagner par une ou des personnes de son choix dans l'exercice de ses fonctions.

181. À son arrivée sur un lieu de travail, l'inspecteur doit, avant d'entreprendre une enquête ou une inspection, prendre les mesures raisonnables pour aviser l'employeur, l'association accréditée et le représentant à la prévention. Sur un chantier de construction, il avise le maître d'œuvre et le représentant à la prévention.

182. L'inspecteur peut, s'il l'estime opportun, émettre un avis de correction enjoignant une personne de se conformer à la présente loi ou aux règlements et fixer un délai pour y parvenir.

183. L'inspecteur communique le résultat de son enquête ou de son inspection à l'employeur, à l'association accréditée, au comité de chantier, au comité de

safety committee, the safety representative and the head of the community health department; he shall send them a copy of any remedial order. If there is no committee, the employer shall post up copies of the remedial order in a sufficient number of conspicuous places easily accessible to the workers to ensure that they are informed.

184. A person to whom an inspector has given a remedial order shall carry out in the appointed time, and inform the certified association, the health and safety committee, the safety representative and the inspector, as soon as possible, of the specific measures he intends to take.

185. No person may hinder an inspector in the performance of his duties, mislead or attempt to mislead him by concealment or false or untruthful statements, refuse to give his surname, given names and address to the inspector or neglect to obey an order he may give under this act or the regulations.

186. An inspector may order the suspension of work or the complete or partial shut-down of a workplace and, if necessary, affix seals, if he considers a worker's health, safety or physical well-being to be endangered.

The inspector shall substantiate his decision in writing as soon as possible and indicate the steps to be taken to eliminate the danger.

Section 183 applies, *mutatis mutandis*, to the inspector's order.

187. During a suspension of work or a shut-down, the workers are deemed to be at work and therefore entitled to the wages and social benefits related to their work.

188. No person may be admitted to a workplace shut down by an inspector except, with his authorization, to do the necessary work to eliminate the danger.

However, the application of the first paragraph cannot prevent an employer, principal contractor or owner from taking such conservation measures as are necessary to avoid the destruction or serious deterioration of the moveable or immovable property in the workplace.

189. Work shall not be resumed nor the workplace reopened until authorized by the inspector.

Section 183 applies, *mutatis mutandis*, to the inspector's authorization.

santé et de sécurité, au représentant à la prévention et au chef du département de santé communautaire; il leur transmet, le cas échéant, copie de l'avis de correction. Lorsqu'il n'existe pas de comité, l'employeur doit afficher une copie de l'avis de correction dans autant d'endroits visibles et facilement accessibles aux travailleurs qu'il est raisonnablement nécessaire pour assurer leur information.

184. La personne à qui un inspecteur a adressé un avis de correction doit y donner suite dans le délai imparti; il doit, en outre, informer dans les plus brefs délais l'association accréditée, le comité de santé et de sécurité, le représentant à la prévention et l'inspecteur des mesures précises qu'il entend prendre.

185. Il est interdit d'entraver un inspecteur dans l'exercice de ses fonctions, de le tromper ou de tenter de le tromper par des réticences ou par des déclarations fausses ou mensongères, de refuser de lui déclarer ses nom, prénoms et adresse ou de négliger d'obéir à un ordre qu'il peut donner en vertu de la présente loi ou des règlements.

186. Un inspecteur peut ordonner la suspension des travaux ou la fermeture, en tout ou en partie, d'un lieu de travail et, s'il y a lieu, apposer les scellés lorsqu'il juge qu'il y a danger pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique des travailleurs.

Il doit alors motiver sa décision par écrit dans les plus brefs délais et indiquer les mesures à prendre pour éliminer le danger.

L'article 183 s'applique, en l'adaptant, à cet ordre de l'inspecteur.

187. Pendant que dure une suspension des travaux ou une fermeture, les travailleurs sont réputés être au travail et ont ainsi droit à leur salaire et aux avantages liés à leur emploi.

188. Personne ne peut être admis sur un lieu de travail fermé par un inspecteur sauf, avec l'autorisation de l'inspecteur, les personnes qui exécutent les travaux nécessaires pour éliminer le danger.

Toutefois, l'application du premier alinéa ne peut avoir pour effet d'empêcher un employeur, un maître d'œuvre ou un propriétaire de prendre les moyens de conservation nécessaires pour éviter la destruction ou la détérioration grave de biens meubles ou immeubles qui s'y trouvent.

189. Les travaux ne peuvent reprendre ou le lieu de travail être réouvert avant que l'inspecteur ne l'ait autorisé.

L'article 183 s'applique, en l'adaptant, à l'autorisation de l'inspecteur.

190. Where a person contravenes this act or the regulations, an inspector may order him to cease making, supplying, selling, leasing, distributing or installing the product, process, equipment, material, contaminant or dangerous substance concerned, and affix seals or confiscate such objects and order the person to cease every activity that might cause the emission of the contaminant concerned.

The inspector shall substantiate his decision in writing, indicating, where that is the case, the steps to be taken to bring the product, process, equipment, material, contaminant or dangerous substance, or the activity that might cause the emission of the contaminant, into conformity with the act and the regulations.

The person is prohibited from again making, supplying, selling, leasing, distributing or installing the product, process, equipment, material, contaminant or dangerous substance, or resuming the activity that might cause the emission of a contaminant, until authorized by the inspector.

Section 183 applies, *mutatis mutandis*, to the inspector's order or authorization.

191. An inspector's order or decision is executory until reviewed by the regional chief inspector.

192. A regional chief inspector's order or decision is executory until reviewed by the Commission.

The Commission's decision is final and without appeal.

193. The inspectors, regional chief inspectors and personnel required for the application of this chapter and of Division V of Chapter XI are responsible to such member of the Executive Council or such body as the Government may designate.

III—Constitutional Question

At the request of appellant company and with the consent of respondents and the mis en cause, the following constitutional question was stated pursuant to s. 32 of the Rules of this Court:

Are sections 62 and 177 to 193 of the *Act respecting occupational health and safety* (S.Q. 1979, c. 63 and S.Q. 1980, c. 11; Revised Statutes of Quebec, c. S-2.1), *ultra vires*, inapplicable, or inoperative, in whole or in part, in respect of an interprovincial railway company, whose railway works have been declared to be works for the general advantage of Canada?

And more particularly:

190. L'inspecteur peut, lorsqu'une personne enfreint la présente loi ou les règlements, ordonner qu'elle cesse de fabriquer, fournir, vendre, louer, distribuer ou installer le produit, le procédé, l'équipement, le matériel, le contaminant ou la matière dangereuse concerné et apposer les scellés ou confisquer ces biens et ordonner qu'elle cesse toute activité susceptible de causer l'émission du contaminant concerné.

Il doit alors motiver sa décision par écrit en indiquant, le cas échéant, les mesures à prendre pour que le produit, le procédé, l'équipement, le matériel, le contaminant ou la matière dangereuse ou que l'activité susceptible de causer l'émission du contaminant soit rendu conforme à la loi et aux règlements.

La fabrication, la fourniture, la vente, la location, la distribution ou l'installation du produit, du procédé, de l'équipement, du matériel, du contaminant ou de la matière dangereuse ou l'activité susceptible de causer l'émission d'un contaminant ne peut reprendre avant que l'inspecteur ne l'ait autorisée.

L'article 183 s'applique, en l'adaptant, à un ordre ou une autorisation de l'inspecteur.

191. Un ordre ou une décision d'un inspecteur est exécutoire tant qu'il n'est pas révisé par l'inspecteur chef régional.

192. Un ordre ou une décision d'un inspecteur chef régional est exécutoire tant qu'il n'est pas révisé par la Commission.

Les décisions de la Commission sont finales et sans appel.

193. Les inspecteurs, les inspecteurs chefs régionaux et le personnel requis pour l'application du présent chapitre et de la section V du chapitre XI relèvent du membre du conseil exécutif ou de l'organisme que peut désigner le gouvernement.

III—La question constitutionnelle

À la requête de la compagnie appelante et du consentement des intimées et des mis en cause, la question constitutionnelle suivante a été formulée en vertu de l'art. 32 des Règles de cette Cour:

Les articles 62 et 177 à 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* (L.Q. 1979, chap. 63 et L.Q. 1980, chap. 11; Lois refondues du Québec, chap. S-2.1) sont-ils *ultra vires*, inapplicables ou inopérants, en tout ou en partie, quant à une entreprise ferroviaire inter-provinciale, dont les ouvrages de chemin de fer ont été déclarés être à l'avantage général du Canada?

Et plus particulièrement:

- 1) Are occupational safety conditions for employees working for an interprovincial railway undertaking which has been declared for the general advantage of Canada working conditions?
- 2) Are working conditions and occupational safety conditions within an interprovincial railway undertaking declared for the general advantage of Canada an integral part of the operation and management of that undertaking and hence within exclusive federal jurisdiction?
- 3) Can a provincial inquiry commission established pursuant to ss. 177 to 193 of an *Act respecting occupational health and safety*:
- investigate and compel testimony by subpoena, to determine the causes of a railway accident involving trains of the Canadian National Railway Company and to examine the occupational safety conditions of a federal railway undertaking?
 - make recommendations to correct the rules, practices and methods of operation of this federal undertaking in relation to the safety of personnel operating trains?
 - require such recommendations to be implemented pursuant to ss. 182 to 193 of an *Act respecting occupational health and safety*?
- 1) La sécurité des opérations pour les employés œuvrant dans le cadre d'une entreprise ferroviaire interprovinciale et déclarée à l'avantage général du Canada, est-elle une condition de travail?
- 2) Les conditions de travail et de sécurité au travail au sein d'une entreprise ferroviaire interprovinciale et déclarée à l'avantage général du Canada, sont-elles partie intégrante du fonctionnement et de l'administration de cette entreprise et par conséquent de compétence fédérale exclusive?
- 3) Une Commission d'enquête provinciale constituée en vertu des art. 177 à 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* peut-elle:
- enquêter et contraindre des témoins par voie de subpoena afin de déterminer les causes d'un accident ferroviaire impliquant des convois de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et les conditions de sécurité de travail au sein d'une entreprise ferroviaire fédérale?
 - faire des recommandations afin de corriger des règles, pratiques ou méthodes d'exploitation ferroviaire de cette entreprise fédérale relativement à la sécurité du personnel préposé à l'exploitation des trains?
 - rendre ces corrections coercitives en vertu des art. 182 à 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*?

This constitutional question includes two unusual subquestions, (1) and (2). These are not in fact strictly speaking constitutional questions. They are primarily concerned with the reasons for answering in the affirmative the "inapplicability" aspect of the principal question and they are more like reasons for judgment than a formal judgment. I therefore do not consider it necessary to answer these two subquestions formally: suffice it to say that the reasons given in *Bell Canada* require an affirmative response to these subquestions in both cases.

The answer to subquestion (3) follows logically from the answer required to the principal question. It is therefore not absolutely necessary to answer it, but I propose to do so as it is better to be explicit.

IV—Facts and Proceedings to Which They Gave Rise

Appellant undertaking described the facts in its factum in part as follows:

Cette question constitutionnelle comporte deux sous-questions inusitées, les sous-questions 1) et 2). Celles-ci en effet ne sont pas des questions constitutionnelles proprement dites. Elles visent surtout les raisons qu'il y a de répondre par l'affirmative à l'élément «inapplicabilité» de la question principale et elles tiennent des motifs de jugement plutôt que du dispositif. Il ne me paraît donc pas nécessaire de répondre formellement à ces deux sous-questions: il suffit de souligner que les motifs donnés dans *Bell Canada* dictent dans les deux cas une réponse affirmative à ces sous-questions.

Quant à la sous-question 3), sa réponse découle logiquement de la réponse qu'appelle la question principale. Il n'est donc pas indispensable d'y répondre mais je me propose de le faire car il vaut mieux être explicite.

IV—Les faits et les procédures auxquelles ils ont donné lieu

Voici comment dans son mémoire l'entreprise appelante décrit en partie les faits:

[TRANSLATION] On September 25, 1981 two railway trains owned by appellant and carrying goods were involved in a head-on collision near Lac Bouchette, in the vicinity of Jonquière, province of Quebec. The accident occurred in the middle of woodland on a railway line owned by appellant.

Three of appellant's employees lost their lives in this accident and another was injured. Appellant's employees who were involved in the accident were members of the Brotherhood of Locomotive Engineers or the United Transportation Union, two unions governed by the *Canada Labour Code* (R.S.C. 1970, c. L-1).

In accordance with the *Railway Act* (R.S.C. 1970, c. R-2), an investigation was immediately begun by a special investigator of the Canadian Transport Commission, pursuant to the *National Transportation Act* (R.S.C. 1970, c. N-17).

On December 8, 1981 respondent Christiane Courtois, an inspector employed by the other respondent, the Commission de la santé et de la sécurité du travail, a public corporation created by the *Act respecting occupational health and safety* (S.Q. 1979, c. 63) served subpoenas on certain employees of appellant for the purpose of conducting an investigation into the accident in question.

These subpoenas were issued under ss. 62, 178 and 180 of the *Act respecting occupational health and safety*, as indicated by the summonses sent to Mr. Gilles Goulet, a managerial employee of CN, and to five unionized employees who were members of a union covered by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1.

The summons served on Mr. Gilles Goulet included a *duces tecum*:

[TRANSLATION] You are further directed to bring the following documents with you:

- a copy of the report on the investigation conducted by Canadian National;
- the regulations in issue;
- the general plans of Canadian National facilities along the prescribed route for both trains, indicating signal lights, stations, sidings, means of communication and so on;
- registers or documents (log book) giving an account of the said journey resulting in the accident, for a period of thirty days preceding the accident, and for both trains concerned;
- any relevant document which may assist in the conduct of this investigation.

Le 25 septembre 1981, deux convois ferroviaires appartenant à l'appelante et transportant des marchandises ont été impliqués dans une collision frontale près du Lac Bouchette, dans la région de Jonquière, province de Québec. L'accident est survenu en pleine forêt sur une voie ferrée appartenant à l'appelante.

Lors de cet accident, trois employés de l'appelante ont perdu la vie et un autre a été blessé. Les employés de l'appelante impliqués dans cet accident, étaient membres de la Fraternité des Ingénieurs de Locomotives ou du Syndicat des Travailleurs Unis des Transports, deux syndicats régis par le *Code canadien du Travail*, (S.R.C. 1970, c. L-1).

Conformément à la *Loi sur les chemins de fer*, (S.R.C. 1970, c. R-2), une enquête a été immédiatement instituée par un enquêteur spécial de la Commission canadienne des transports, suivant la *Loi nationale sur les transports*, (S.R.C. 1970, c. N-17).

Le 8 décembre 1981, l'intimée Christiane Courtois, inspecteur (*sic*) à l'emploi de l'autre intimée, la Commission de la santé et de la sécurité du travail, une corporation publique créée par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (L.Q. 1979, c. 63) signifiait des subpoenas à certains employés de l'appelante en vue d'effectuer une enquête sur l'accident en question.

Ces subpoenas avaient été émis en vertu des articles 62, 178 et 180 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, comme l'indiquent d'ailleurs les assignations adressées à M. Gilles Goulet, l'employé-cadre du CN et aux cinq employés syndiqués et membres d'un syndicat régi par le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1.

L'assignation signifiée à M. Gilles Goulet comportait un *duces tecum*:

Il vous est de plus ordonné d'apporter avec vous les documents suivants:

- Copie du rapport d'enquête effectué par le Canadien National.
- La réglementation mise en cause.
- Les plans d'ensemble des installations du Canadien National le long du trajet prévu pour les deux trains indiquant signaux lumineux, gare, voie d'évitement, moyens de communication, etc.
- Registre ou document (cahier de bord) donnant le compte rendu du même trajet, ayant donné lieu à l'accident, pour une période de 30 jours précédent (*sic*) l'accident, et ceci pour les deux trains concernés.
- Tout document pertinent qui pourrait éclairer la tenue de cette enquête.

Some days earlier, on November 30, 1981, an application for an interlocutory injunction to prohibit the holding of an investigation by the Commission de la santé et de la sécurité du travail ("C.S.S.T.") and inspector Courtois into the Lac Bouchette accident had been dismissed by Boudreault J. of the Superior Court: *Cie des chemins de fer nationaux du Canada v. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1981] C.S. 1095.

Appellant company's factum continued its account of the proceedings as follows:

[TRANSLATION] ... applicant caused a motion for a writ of evocation to be served and filed in the Superior Court for the judicial district of Montréal. On March 10, 1982 Jean-Marie Brassard J., a judge of the Superior Court, allowed applicant's motion and authorized a writ of evocation to be issued, directing respondents to stay all proceedings and to forward to the Registrar of the Superior Court for the district of Montréal within (15) fifteen days the record of the case and all documents relating thereto.

Respondents appealed from this judgment to the Court of Appeal of the province of Quebec. Following a hearing on October 14, 1982 the Court of Appeal, with Dubé J.A. dissenting, allowed respondents' appeal in part.

By its judgment the Court of Appeal reversed the judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 99, but authorized a writ of evocation to be issued in respect of the *duces tecum* and prohibited the C.S.S.T. and inspector Courtois from directly or indirectly investigating the internal workings of the Canadian National Railway Company: [1983] C.A. 31.

The principal appeal is against this judgment of the Quebec Court of Appeal. By a cross-appeal, the C.S.S.T. and inspector Courtois challenged the part of the Court of Appeal's judgment which authorized a writ of evocation to be issued in respect of the *duces tecum*.

In view of the refusal of the interlocutory injunction mentioned above, inspector Courtois proceeded with her investigation and filed a report of some twenty pages, not including appendices.

This report analysed the possible causes of the railway collision and concluded as follows:

Quelques jours auparavant, soit le 30 novembre 1981, une requête en injonction interlocutoire visant à interdire la tenue d'une enquête par la Commission de la santé et de la sécurité du travail («C.S.S.T.») et l'inspectrice Courtois sur l'accident du Lac Bouchette avait été rejetée par le juge Boudreault de la Cour supérieure: *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1981] C.S. 1095.

Le mémoire de la compagnie appelante continue comme suit le récit des procédures:

... la requérante fit signifier une requête pour l'émission d'un bref d'évocation qui fut présentée devant la Cour supérieure du district judiciaire de Montréal. Le 10 mars 1982, l'honorable juge Jean-Marie Brassard, juge de la Cour supérieure, accueillit la requête de la requérante et autorisa la délivrance d'un bref d'évocation, enjoignant aux intimés de suspendre toutes procédures et de transmettre au greffe de la Cour supérieure du district de Montréal, dans un délai de quinze (15) jours, le dossier de l'affaire et toutes les pièces s'y rapportant.

Les intimées en ont appelé de ce jugement devant la Cour d'appel de la province de Québec. À la suite de l'audition tenue le 14 octobre 1982, la Cour d'appel, l'honorable juge Dubé étant dissident, accorda en partie l'appel des intimées.

Par son arrêt, la Cour d'appel infirme le jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 99, mais elle autorise la délivrance d'un bref d'évocation pour les fins du *duces tecum* et elle interdit à la C.S.S.T. et à l'inspectrice Courtois de faire enquête directement ou indirectement sur la régie interne de la Compagnie des chemins de fer nationaux: [1983] C.A. 31.

C'est cet arrêt de la Cour d'appel du Québec que le pourvoi principal entreprend. Par un pourvoi incident, la C.S.S.T. et l'inspectrice Courtois entreprennent la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui autorise la délivrance d'un bref d'évocation à l'égard du *duces tecum*.

Vu le rejet de l'injonction interlocutoire dont il est question plus haut, l'inspectrice Courtois a poursuivi son enquête et produit un rapport d'une vingtaine de pages, sans compter les annexes.

Ce rapport analyse les causes possibles de la collision ferroviaire et conclut comme suit:

[TRANSLATION]

3.5 Cause of Accident:

Failure to carry out a train order according to its terms.

3.6 Factors Relating to Work Environment:

1—The present communication system makes it impossible to receive conversations on another train or even ensure clear communications with another train or station that could be a means of exercising control over the implementation of train orders.

2—When a crossing is scheduled by a train order, no technical assistance is provided to remind the crew of the location of the crossing, such as a communication or signal light at that location. There is nothing to tell them that another train is nearby, unless they happen to overhear a radio conversation.

3—Night schedule: it is generally admitted that crews may be less alert on a night shift. A train crew must also adapt to the monotony of the journey (a large part of which is in the middle of woodland), the regular noise of the wheels on the rails, the swaying motion of the train and the limited number of physical activities as such connected with movement of the train: observation, forms to be completed, controlling power . . . three members of the 428 crew were regular members and were on their third night shift for the week; the fourth member was a replacement and on his first night shift for the week. The three regular members had at least twenty-five years of service, including several years on night shifts. The fourth member had already made some thirty journeys between Jonquière and Garneau. Accordingly, the night work, the repetitive nature of the journey, its monotony, their confidence in each other, all meant that over a period of time each member of the crew became less alert.

4.0 Recommendations:

1—I recommend that from now on Canadian National advise the regional chief inspector of any accident as required by s. 62 of the Act respecting occupational health and safety.

2—I recommend, pursuant to s. 51.5 of the AOHS, that Canadian National submit to the CSST a schedule in which the company describes the stages for implementing an effective communication system that will ensure communication at

3.5 Cause retenue:

L'oubli d'exécuter un ordre de marche tel qu'il avait été rédigé.

a 3.6 Facteurs reliés au milieu de travail:

1—Le système de communication actuel ne permet pas de percevoir les conversations sur un autre train ou même de communiquer de façon sûre avec un autre train ou une gare d'où pourrait être exercé un contrôle de l'application des ordres de marche.

2—Lorsqu'une rencontre est prévue par un ordre de marche, aucune aide technique ne rappellera (*sic*) à l'équipe l'endroit de la rencontre, par exemple une communication ou un signal lumineux à l'endroit de la rencontre. Rien ne leur permettra de savoir qu'un autre train se trouve à proximité à moins de capter par hasard une conversation radio.

3—Horaire de nuit: il est généralement admis que la vigilance peut être moindre au cours d'une veille nocturne. Une équipe de train doit également s'adapter à la monotonie du trajet (une bonne partie du trajet se fait en pleine forêt), au bruit régulier des roues sur les rails, à l'oscillement du train et au peu d'activités physiques comme tels (*sic*) reliés au déplacement du train: observation, formulaires à remplir, contrôle du pouvoir . . . , 3 des membres de l'équipe du 428 étaient des membres réguliers et étaient à leur 3^e nuit de travail de la semaine, le 4^e membre remplaçait et en était à sa 1^{ère} nuit de travail de la semaine. Les 3 membres réguliers totalisaient chacun au moins 25 ans de service dont plusieurs années de travail de nuit. Le 4^e membre avait déjà à son actif une trentaine de parcours Jonquière-Garneau. Donc, le travail de nuit, l'habitude du trajet, sa monotonie, la confiance des uns envers les autres, tout ça fait que la vigilance de chacun des membres s'amointrit avec le temps.

4.0 Recommandations:

1—Je recommande que le Canadien National, dorénavant, avise l'inspecteur chef régional de tout accident tel que requis par l'article 62 de la Loi sur la santé et la sécurité du travail.

2—Je recommande, conformément à l'article 51.5 de la LSST, que le Canadien National soumette (*sic*) à la CSST un échéancier dans lequel la compagnie décrira quelles seront les étapes de mise en place d'un système de communication

all times and all points on the line, between two trains or between a train and a control point (dispatcher in Montréal or operator in a station on the line). With the help of this communication system, the company will set up a control procedure to ensure that train orders are implemented. This procedure should provide for frequent communications with train crews. It should be submitted to the CSST at the same time as the aforementioned schedule.

3—I recommend that in the meantime, in accordance with s. 51.5 of the AOHS, a temporary measure be used to remind train crews of the anticipated location of a crossing. This measure might, for example, be reconfirming at the last station (where an operator is on duty) before a crossing, the scheduled location of that crossing or choosing as crossing points only places where an operator is on duty twenty-four hours a day, and where a visual signal can be used to halt the train.

This report is dated March 5, 1982 and precedes the Superior Court judgment by five days. It was however filed with the Registry of the Superior Court after the Superior Court judgment, but several months before the Court of Appeal hearing. The Superior Court judge therefore was unable to take it into consideration. The report was also not drawn to the attention of the Court of Appeal. The report in question only surfaced in this Court at the hearing of the application for leave to file a cross-appeal made by the *C.S.S.T.* and inspector Courtois. The parties then agreed on incorporating the report into the appeal case.

V—Superior Court and Court of Appeal Judgments

At page 103 of his reasons the trial judge referred to ss. 92(10)*a.* and *c.* and 91(29) of the *Constitution Act, 1867*, and reviewed part of the case law on interprovincial railways, concluding at pp. 103-4:

[TRANSLATION] From these cases it has to be concluded that everything concerning the operation and

efficace qui permettra une communication en tout temps et en tout point du parcours, entre deux trains ou entre un train et un point de contrôle (régulateur à Montréal ou opérateur dans une gare du parcours). À l'aide de ce système de communication, la compagnie pourra établir une procédure de contrôle visant à s'assurer de l'application des ordres de marche. Cette procédure pourra prévoir des communications fréquentes avec les équipes de train. Elle devrait être soumise à la CSST en même temps que l'échéancier précité.

3—Je recommande, qu'entretemps et conformément à l'article 51.5 de la LSST, qu'une mesure temporaire soit utilisée en vue de rappeler aux équipes de train le lieu prévu d'une rencontre. Cette mesure pourra être par exemple: reconfirmer à la dernière gare (où un opérateur est en fonction) précédent (*sic*) une rencontre, le lieu prévu de cette rencontre ou ne choisir comme lieu de rencontre que des points du parcours où un opérateur est en fonction 24 heures par jour, et où un signal visuel peut être utilisé pour arrêter le train.

Ce rapport porte la date du 5 mars 1982, et il précède de cinq jours le jugement de la Cour supérieure. Il a cependant été déposé au greffe de la Cour supérieure après le jugement de la Cour supérieure, mais plusieurs mois avant l'audition en Cour d'appel. Le juge de la Cour supérieure n'a donc pas pu en prendre connaissance. Ce rapport n'a pas non plus été porté à la connaissance de la Cour d'appel. Le rapport en question n'a fait surface qu'en cette Cour lors de l'audition de la requête en autorisation de pourvoi incident présentée par la *C.S.S.T.* et l'inspectrice Courtois. Les parties se sont ensuite entendues pour intégrer le rapport au dossier imprimé sur appel.

V—Le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel

À la page 103 de ses motifs, le premier juge réfère aux al. 10*a.* et 10*c.* de l'art. 92 ainsi qu'au par. 29 de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et il révisé une partie de la jurisprudence relative aux chemins de fer interprovinciaux pour conclure, aux pp. 103 et 104:

On doit conclure de ces arrêts que tout ce qui a trait à l'exploitation d'un chemin de fer interprovincial, à la

safety of an interprovincial railway is a field outside the jurisdiction of a provincial civil servant.

At page 104, he noted the investigation into the railway collision by the Canadian Transport Commission pursuant to the *Railway Act*, and he observed that following the investigation that Commission may [TRANSLATION] "make orders and issue regulations affecting the operating methods and internal rules of applicant". On the same page, he wrote:

[TRANSLATION] It must therefore be concluded that the jurisdiction to investigate the railway accident at Lac Bouchette belongs to the Canadian Transport Commission and . . . there should only be a single authority and a single tribunal in safety matters.

The trial judge then considered cases in which federal undertakings have continued to be covered by provincial statutes of general application, subject to the exclusive authority of Parliament when that power is an integral part of its primary jurisdiction over such undertakings. At page 105, he posed the following questions:

[TRANSLATION] The question therefore is whether application of the provincial statute under which the Lac Bouchette accident was investigated will have necessary and conclusive effects on the operations of applicant.

From another perspective, it may also be asked: who is constitutionally empowered to conduct such an investigation in Canada?

To answer these questions, the trial judge cited, at p. 105, passages from *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218 ("*Keable 1979*"), according to which a provincial commission of inquiry investigating certain specific crimes allegedly committed by the police cannot be empowered by a province to investigate a federal institution such as the R.C.M.P., its services, rules, policies and procedure, so as to make recommendations on changes to be made to those rules and methods.

At pages 105-6 of his reasons, the trial judge drew the following lessons from *Keable 1979*:

sécurité, est un domaine retranché de la juridiction d'un fonctionnaire provincial.

À la page 104, il prend note de l'enquête instituée sur la collision ferroviaire par la Commission des transports du Canada en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* et il observe qu'à la suite de l'enquête, cette Commission peut «rendre des ordonnances et faire des règlements affectant les méthodes d'exploitation et les règles de fonctionnement interne de la requérante.» À la même page, il écrit:

Il y a donc lieu de conclure que la compétence pour faire enquête sur l'accident ferroviaire du Lac Bouchette appartient à la Commission des transports du Canada et, [...] en matière de sécurité il ne devrait y avoir qu'une seule autorité et un seul Tribunal.

Le premier juge considère ensuite des arrêts selon lesquels les entreprises fédérales restent assujetties aux lois provinciales d'application générale sous réserve de la compétence exclusive du Parlement quand ce pouvoir est partie intégrante de sa compétence principale relative à de telles entreprises. À la page 105, il pose les questions suivantes:

Il faut donc se demander si l'application de la loi provinciale qui permet d'enquêter sur l'accident du Lac Bouchette va produire des effets essentiels et déterminants sur le fonctionnement de la requérante.

Sous un autre angle, on peut aussi se demander: qui est compétent constitutionnellement pour tenir une telle enquête au Canada?

Pour répondre à ces questions, à la p. 105, le premier juge cite des passages de l'arrêt *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218 ("*Keable 1979*"), aux termes desquels une commission d'enquête provinciale chargée de faire enquête sur certains crimes spécifiques prétendument commis par des policiers ne peut cependant être habilitée par une province à enquêter sur une institution fédérale telle la Gendarmerie royale du Canada, ses services, ses règles, ses politiques et sa procédure, de manière à formuler des recommandations sur les changements à apporter à ces règles et méthodes.

Aux pages 105 et 106 de ses motifs, le premier juge tire de *Keable 1979* les leçons suivantes:

[TRANSLATION] It accordingly follows that the powers of the investigator are limited by the distribution of legislative powers under the *B.N.A. Act*.

The investigation here is concerned with worker safety, which under s. 92(13) regarding property and civil rights is within provincial jurisdiction, but can it avoid being at the same time an investigation into CN, a federal undertaking, and into its working methods and operations?

For example, the subpoena sent to Mr. Gilles Goulet, a managerial employee of applicant, asked him to bring certain documents including the general plans of Canadian National for the length of the prescribed route for both trains, indicating signal lights, stations, sidings and means of communication; registers or documents giving an account of the said route on which the accident took place, for a period of thirty days preceding the accident, for both trains concerned; a copy of the report of the investigation done by Canadian National; and the regulations in question.

In its argument the Commission made a distinction between the investigation itself and the recommendations or remedial orders which might result.

The principal purpose of the investigation was to identify the causes of the accident, and also at the same time necessarily the safety problems revealed by the accident. Section 2 of the *Act respecting occupational health and safety* states that the objective of the Act is the elimination of dangers to the health, safety and physical well-being of workers. The explanatory notes on the bill mention that it recognizes the right of workers to *working conditions* that protect their health, safety and physical well-being.

At page 106, referring to the purposes of the investigation, the trial judge wrote:

[TRANSLATION] These purposes are not only to identify the causes of the accident but to make recommendations for the correction of rules, practices and operating methods and to make the said recommendations or corrections compulsory under ss. 182 to 193 of the *Act respecting occupational health and safety*.

The investigation accordingly sought to identify the causes of the accident so as to discover what working conditions might entail dangers and should be eliminated in the interests of worker safety.

Such elimination could not occur without recommendations and remedial orders, and without becoming involved in the various facets of applicant's management.

Il en résulte donc que les pouvoirs du commissaire enquêteur sont limités par le partage des pouvoirs législatifs établis par l'*A.A.N.B.*

L'enquête porte ici sur la sécurité des travailleurs, qui est de compétence provinciale en vertu de l'article 92 paragr. 13 concernant la propriété et les droits civils, mais peut-elle éviter d'être en même temps une enquête sur l'entreprise fédérale du C.N., dans ses méthodes de travail et dans son fonctionnement?

Par exemple, le *subpoena* adressé à M. Gilles Goulet, employé cadre de la requérante, demande d'apporter certains documents, dont les plans d'ensemble du Canadien national le long du trajet prévu pour les deux trains indiquant signaux lumineux, gares, voies d'évitement, moyens de communication, registres ou documents donnant le compte rendu du même trajet ayant donné lieu à l'accident, pour une période de trente jours précédant l'accident, et ceci pour les deux trains concernés, copie du rapport d'enquête effectuée par le Canadien national, la réglementation mise en cause.

Dans son argumentation, la Commission fait une distinction entre l'enquête elle-même et les recommandations ou avis de corrections qui pourraient suivre.

Le but principal de l'enquête, c'est de rechercher les causes de l'accident et, nécessairement, de rechercher, par le fait même, les éléments d'insécurité dans cet accident. En effet, l'article 2 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* indique que l'objet de la loi est l'élimination des dangers pour la santé et la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs. Les notes explicatives du projet de loi mentionnent que le projet reconnaît aux travailleurs le droit à des *conditions de travail* qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

À la page 106, référant aux buts de l'enquête, le premier juge écrit:

Ces buts sont non seulement de rechercher les causes de l'accident mais de faire des recommandations afin de corriger des règles, pratiques et méthodes d'exploitation et de rendre lesdites recommandations ou corrections coercitives en vertu des articles 182 à 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité*.

Donc, l'enquête vise à rechercher les causes de l'accident en vue d'y découvrir les conditions de travail qui comporteraient des dangers et qui seraient à éliminer pour la sécurité des travailleurs.

Cette élimination ne pourrait se produire sans des recommandations et des avis de corrections, sans entrer dans les divers aspects de l'administration de la requérante.

At pages 107-8 the trial judge relied on cases such as *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767 ("*Bell Canada 1966*"), and at p. 108 he held:

[TRANSLATION] In conclusion, although the investigation may be of significance for worker safety in this province, and in particular for workers on provincial railways, it cannot help having conclusive effects on the operations of applicant, which is a federal undertaking . . .

There are other causes, such as defective equipment and improper working methods, and these causes are an integral part of applicant's operations. In short, safety on the job, working conditions, operating methods, are a vital part of operation of the railway. Moreover, as it is an interprovincial railway, the Commission cannot issue orders, or remedial orders, to regulate the safety of applicant's employees.

The Court does not think it is possible to make a distinction between the investigation itself and the recommendations and orders which follow, because the purpose sought and the means of attaining it make up a single whole: the aim of the investigation, the remedial orders and their implementation is to improve safety.

Finally, the trial judge concluded at pp. 110-11 that the *Act* and Part IV of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, are inconsistent, at least so far as the sections dealing with remedial orders are concerned.

In the Court of Appeal the first reasons for judgment were those of the dissenting judge, Dubé J.A. At page 36, he wrote:

[TRANSLATION] . . . nothing precludes agencies created by provincial statutes applying to agencies governed by federal statutes, but [only] so long as those provincial agencies do not in any way affect the internal administration and workings of the federal agencies; and provided also that the statutes governing the said provincial agencies are not inconsistent with the statutes governing the federal agencies.

Dubé J.A. then cited a passage from *Keable 1979*, including the following extract:

While members of the force enjoy no immunity from the criminal law and the jurisdiction of the proper provincial authorities to investigate and prosecute criminal acts committed by any of them as by any other person, these

Aux pages 107 et 108, le premier juge s'appuie sur des arrêts comme *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767 ("*Bell Canada 1966*") et, à la p. 108, il décide:

En conclusion, même si l'enquête peut avoir un intérêt pour la sécurité du travailleur de cette province et, plus particulièrement, pour les travailleurs sur des chemins de fer provinciaux, elle ne pourra pas éviter d'avoir des effets déterminants sur le fonctionnement de l'entreprise fédérale qu'est la requérante . . .

Et il y a d'autres causes, comme celles de l'équipement et du matériel défectueux, de même que les méthodes déficientes de travail, et ces causes font partie intégrante du fonctionnement de la requérante. En somme, la sécurité au travail, les conditions de travail, les méthodes d'exploitation, sont une partie vitale de l'opération du chemin de fer. De plus, en tant que chemin de fer interprovincial, la Commission ne peut émettre des ordonnances ou avis de corrections pour réglementer la sécurité des employés de la requérante.

La Cour ne croit pas qu'il soit possible de faire une distinction entre l'enquête elle-même et les recommandations et ordonnances qui suivront, parce que la fin visée et les moyens pour l'atteindre forment un tout; l'enquête, les avis de corrections et l'implantation équivalent à une meilleure sécurité.

Enfin, le premier juge conclut, aux pp. 110 et 111, que la *Loi* et la partie IV du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, sont incompatibles à tout le moins quant aux articles concernant les avis de correction.

En Cour d'appel, les motifs de jugement rédigés en premier lieu sont ceux du juge dissident, le juge Dubé. À la page 36, il écrit:

. . . rien ne s'oppose à ce que des organismes créés par des Lois provinciales s'appliquent à des organismes régis par des Lois fédérales mais en autant que ces organismes provinciaux n'affectent d'aucune façon l'administration et la régie internes des organismes fédéraux; et à condition aussi que les lois régissant lesdits organismes provinciaux ne soient pas incompatibles aux lois régissant les organismes fédéraux.

Puis le juge Dubé cite un passage de *Keable 1979* dont l'extrait suivant:

Le personnel de la Gendarmerie royale ne jouit d'aucune immunité contre le pouvoir des autorités provinciales appropriées de faire enquête et d'instituer des poursuites en cas d'actes criminels commis par l'un d'eux comme

authorities cannot, under the guise of carrying on such investigations, pursue the inquiry into the administration and management of the force.

Dubé J.A. then reviewed part of the case law, including *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, and *Bell Canada 1966*, and he concluded at p. 38:

[TRANSLATION] After considering the foregoing case law and many other Supreme Court cases, I think one must necessarily conclude as did the trial judge that in view of the objectives of the investigation undertaken by appellants it was an improper interference in the administration and operations of a federal company: the unavoidable conclusion is that, in ordering such an investigation, the Commission de la santé et de la sécurité du travail exceeded its jurisdiction.

The majority reasons of the Court of Appeal were written by Bisson J.A. Kaufman J.A. concurred with him.

Bisson J.A. began his reasons as follows, at p. 38:

[TRANSLATION] Though I am in agreement with many of the propositions stated by my brother Dubé J.A. in his opinion, I cannot conclude in such general terms as he did that appellants were divested of all power to undertake an investigation following the railway accident at Lac Bouchette.

On the same page, he defined the question:

[TRANSLATION] I would define the problem before the Court as follows: are appellants barred from instituting an investigation solely because the undertaking involved in the incident being investigated falls within the legislative jurisdiction of Parliament?

At page 39, Bisson J.A. noted that in Quebec as in other provinces there are railways which fall within exclusive provincial jurisdiction. He then wrote:

[TRANSLATION] I would now like to discuss another concept: the fields of labour, of the person and protection for the person, are primarily within provincial legislative jurisdiction. Property and its protection from damage are also within that jurisdiction.

par toute autre personne, mais ces autorités provinciales ne peuvent en prendre prétexte pour faire enquête sur l'administration et la gestion de cette police.

Le juge Dubé passe ensuite en revue une partie de la jurisprudence y compris *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, et *Bell Canada 1966* et il conclut, à la p. 38:

Après étude de la jurisprudence ci-haut mentionnée ainsi que de nombreuse (*sic*) autres causes de la Cour suprême, il me paraît que l'on doit nécessairement conclure comme le juge de première instance, que l'enquête entreprise par les appelantes, considérant les objectifs visés par cette enquête, constitue une ingérence inacceptable dans l'administration et le fonctionnement d'une compagnie fédérale: la conclusion qui s'impose c'est que la Commission de la santé et de la sécurité du travail, en décrétant une telle enquête, a excédé sa juridiction.

Les motifs majoritaires de la Cour d'appel ont été rédigés par le juge Bisson. Le juge Kaufman lui donne son accord.

Le juge Bisson commence ses motifs comme suit à la p. 38:

Tout en étant d'accord avec plusieurs des propositions énoncées par mon collègue monsieur le juge Dubé dans son opinion, je ne peux, par ailleurs, de façon aussi globale qu'il le fait, en venir à la conclusion que les appelantes étaient privées de toute compétence pour entreprendre une enquête suite à l'accident ferroviaire du Lac Bouchette.

À la même page, il définit la question:

Je définirais comme suit le problème à résoudre: les appelantes sont-elles non venues à instituer une enquête du seul fait que l'entreprise qui est au centre de l'événement qui y donne lieu tombe sous la juridiction législative du Parlement?

À la page 39, le juge Bisson souligne qu'au Québec comme dans plusieurs autres provinces, il existe des chemins de fer qui relèvent de la juridiction provinciale exclusive. Puis il écrit:

Je voudrais maintenant faire état d'un autre concept: le domaine du travail, celui de la personne et de sa protection sont d'abord de compétence législative provinciale. Est également de la même compétence la propriété et la protection de son intégrité.

Adopting the absolutist argument suggested by respondent necessarily leads to saying that some undertakings within the legislative authority of Parliament are an exclusive preserve which cannot be entered by any provincial authority.

Bisson J.A. then observed that the *C.S.S.T.* is vested with the powers and duties of the former Commission des accidents du travail and he observed:

[TRANSLATION] As such, the Commission may very well have to conduct an investigation into the causes of a railway accident to determine, for example, whether a subrogatory remedy can be exercised against a third party who is responsible.

Bisson J.A. mentioned other examples of problems that would arise if provincial authorities were constitutionally powerless to conduct an investigation:

[TRANSLATION] Similarly, if a provincial agency is investigating pollution in a waterway or cultivated land alongside respondent's railway, it would not be able to summon respondent's representatives before it to determine whether the polluting material came from railway trains.

At page 40, he noted:

[TRANSLATION] In the case at bar, appellants' investigation does not in itself conflict with that undertaken by the federal government, in the sense that by appearing in the first respondent will necessarily impede the second.

Later, at page 41, he said:

[TRANSLATION] I do not see how an effort to determine the cause of a railway accident falls within the exclusive jurisdiction of an agency created by Parliament.

Thus, the *Constitution Act, 1867* giving the provinces jurisdiction over the administration of justice contains no provision barring provincial authorities such as the coroner, the Quebec Provincial Police and others from investigating a railway accident.

Back at page 39, Bisson J.A. wrote:

[TRANSLATION] I return to the railway accident. It may be, for example, that an accident was caused by a defective piece of equipment.

Appellants have a reason for wanting to know this, since the same piece may be used by provincial railway undertakings.

Adopter la thèse absolue que nous propose l'intimée conduit nécessairement à dire que certaines entreprises relevant de la compétence législative du Parlement constituent une chasse-gardée que ne peut franchir aucune autorité provinciale.

Le juge Bisson observe ensuite que la *C.S.S.T.* est investie des pouvoirs et devoirs de l'ancienne Commission des accidents du travail et il observe:

À ce titre, la Commission peut très bien avoir à tenir enquête sur les causes d'un accident ferroviaire pour déterminer, par exemple, s'il y a lieu d'exercer un recours subrogatoire contre un tiers responsable.

Le juge Bisson mentionne d'autres exemples des inconvénients qui résulteraient d'une impuissance constitutionnelle des autorités provinciales à faire enquête:

De la même manière, si un organisme provincial enquête sur la pollution dans un cours d'eau ou dans un champ de culture longeant une voie ferrée de l'intimée, il ne serait pas admis à citer devant lui les représentants de l'intimée afin de déterminer si la matière polluante ne vient pas des convois ferroviaires.

À la page 40, il note:

En l'espèce, en elle-même, l'enquête des appelantes ne vient pas en conflit avec celle entreprise par l'autorité fédérale dans ce sens qu'en comparaisant à la première, l'intimée va nécessairement porter entrave à la seconde.

Plus bas, à la p. 41, il dira:

Je ne conçois pas que la recherche de la cause d'un accident ferroviaire soit de la compétence exclusive d'un organisme créé par le Parlement.

Ainsi, la *Loi constitutionnelle de 1867* donnant aux provinces la juridiction sur l'administration de la justice, rien n'empêche les autorités provinciales: coroner, Sûreté du Québec et autres de faire enquête sur un accident ferroviaire.

Pour revenir à la p. 39, le juge Bisson y écrit:

Je reviens à l'accident ferroviaire. Il peut arriver, par exemple, qu'un accident ait été causé par une pièce d'équipement défectueuse.

Or, les appelantes ont intérêt à le déterminer puisqu'une même pièce peut être utilisée par les entreprises ferroviaires provinciales.

Along the same lines he wrote, at p. 41:

[TRANSLATION] ... Serge Gauthier mentioned the possibility that an investigation conducted by the Commission might lead, for example, to the correction of a piece of equipment, which could be of great importance to railways under exclusively provincial jurisdiction.

At pages 40-41, Bisson J.A. said he considered it premature to examine the legality of the remedial orders which inspector Courtois might theoretically give. (It will be recalled that the Court of Appeal was not aware of inspector Courtois' report.)

At pages 41-42, Bisson J.A. concluded the first part of his reasons as follows:

[TRANSLATION] In short, again subject to the reservation I mentioned and which I will discuss more fully below, regarding the content of the summons, nothing affects what constitutes the "vital part of the operation of an interprovincial undertaking as a going concern", to use the wording of Martland J. speaking for the [Supreme] Court in *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*.

On this basis, I do not consider that in its general search for a prohibition of any investigation by appellants, respondent can find support in the case to which it referred the Court: *A.G. of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267.

What the Court disapproved in that case, as it also did in *A.G. of Quebec v. A.G. of Canada* [Keable 1979], is the intrusion of a provincial authority into the *internal workings* of an agency within the authority of Parliament, in both cases the R.C.M.P.

Here, conducted within the limits which it need observe, appellants' investigation must bear upon the accident on September 25, 1981, not respondent's administration or the federal regulations regarding railway operation.

I conclude that there is no basis for finding that:

1.—the *Act respecting occupational health and safety* is entirely inapplicable to respondent;

2.—this Act is inoperative because it conflicts with a statute of Parliament; and

3.—the Court should at this time, subject to the reservation regarding the content of the summons, rule that in undertaking an investigation into the railway accident of September 25, 1981 appellants acted outside their jurisdiction.

Dans le même ordre d'idée, il écrit, à la p. 41:

... Serge Gauthier évoque la possibilité qu'une enquête conduite par la Commission puisse conduire, par exemple, à la correction d'une pièce d'équipement, ce qui pourrait s'avérer fort pertinent pour les chemins de fer de juridiction exclusivement provinciale.

Aux pages 40 et 41, le juge Bisson estime prématuré d'entrer dans la légalité des avis de correction que l'inspectrice Courtois pourrait hypothétiquement donner. (Rappelons que la Cour d'appel n'était pas au courant du rapport de l'inspectrice Courtois.)

Aux pages 41 et 42, le juge Bisson conclut, à propos de la première partie de ses motifs:

En somme, toujours sous la réserve que j'ai évoquée et que j'explicitai plus loin quant à la teneur de l'assignation, rien n'affecte ce qui constitue la «vital part of the operation of [an] interprovincial undertaking as a going concern» pour reprendre l'expression de monsieur le juge Martland prononçant le jugement de la Cour [suprême] dans *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*.

Dans cette optique, je n'estime pas que dans sa recherche globale d'une prohibition de toute enquête par les appelantes, l'intimée puisse trouver appui dans l'arrêt qu'elle nous cite: *P. G. de l'Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267.

Ce qu'on a réprouvé dans cet arrêt, comme on l'avait fait d'ailleurs dans l'arrêt *P.G. du Québec c. P.G. du Canada* [Keable 1979], c'est l'intrusion d'une autorité provinciale dans la *régie interne* d'un organisme qui relève de l'autorité du Parlement, dans les deux espèces, la Gendarmerie royale du Canada.

Or, ici, conduite dans les limites dans lesquelles elle devra se tenir, l'enquête des appelantes portera sur l'accident du 25 septembre 1981 et non pas sur l'administration de l'intimée ou sur les règlements fédéraux concernant l'exploitation des chemins de fer.

Je conclus que rien ne permet de déclarer:

1.—que la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* est entièrement inapplicable à l'intimée;

2.—que cette loi est inopérante parce qu'elle entrerait en conflit avec une législation du Parlement; et

3.—qu'il y a lieu, à ce moment, sous la réserve de la teneur des assignations, de prononcer qu'en entreprenant l'enquête sur l'accident ferroviaire du 25 septembre 1981, les appelantes ont agi hors de leur compétence.

Finally, at page 42, Bisson J.A. arrived at the reservations he had regarding the *duces tecum*:

[TRANSLATION] I now come to the reservation I mentioned at the start of this opinion.

I base this reservation on several cases aptly cited by my brother Dubé J.A. In particular I would mention *C.P.R. Co. v. Corp. of the Parish of Notre-Dame de Bonsecours*; *Construction Montcalm Inc. v. Commission du salaire minimum*; *A.G. of Quebec v. A.G. of Canada*.

I would state this reservation in part as follows:

—there could be no question that the investigation undertaken by appellants is to be an investigation into the operations of respondent and its internal workings;

—similarly, appellants' investigation should not in any way conflict with that of the federal government;

—appellants' investigation cannot lead them into fields within the exclusive jurisdiction of the federal government.

To illustrate, while the result of the investigation could lead to recommendations regarding a piece of equipment, it could not, for example, relate to respondent's railway signal mechanism.

It is immediately apparent that appellants will have to keep within narrow boundaries which they cannot cross without running the risk of being forced to shift their focus.

However, to go from this to saying that they cannot conduct any investigation is a step I am not prepared to take.

Bisson J.A. therefore allowed in part the motion for evocation to set aside the *duces tecum* in its entirety.

VI—Arguments Made by Respondents in Support of Court of Appeal Judgment and Their Cross-Appeal

Respondents' position can be summarized in a few fundamental propositions which I take from their factum, though I am not quoting them in the order in which they appear there:

[TRANSLATION]

1. "the legislation in question applies to appellant because its pith and substance is not to regulate labour relations or working conditions;"

Enfin, à la p. 42, le juge Bisson arrive aux réserves qu'il éprouve à propos du *duces tecum*:

J'en arrive maintenant à la réserve que j'évoquais au début de cette opinion.

^a Cette réserve, je la puise dans plusieurs des arrêts que cite avec à-propos mon collègue monsieur le juge Dubé. Je mentionnerai plus particulièrement: *C.P.R. Co. c. Corp. of the Parish of Notre-Dame de Bonsecours*; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*; *P.G. du Québec c. P.G. du Canada*.

Cette réserve, je la formulerais, de façon non limitative, comme suit:

^c —il ne saurait être question que l'enquête entreprise par les appelantes soit une enquête sur le fonctionnement de l'intimée et sa régie interne;

^d —de la même manière, l'enquête des appelantes ne doit aucunement entrer en conflit avec celle des autorités fédérales;

—l'enquête des appelantes ne doit aucunement aboutir à des domaines de la compétence exclusive de l'autorité fédérale.

^e À titre d'illustration, si le résultat de l'enquête pouvait conduire à des recommandations sur une pièce d'équipement, il ne pourra aucunement porter, par exemple, sur les mécanismes de signalisation ferroviaire de l'intimée.

^f On voit immédiatement que les appelantes devront s'en tenir à l'intérieur d'étroites balises qu'elles ne pourront franchir sans s'exposer à se voir enjoindes de modifier leur tir.

Mais de là à dire que toute enquête leur est interdite, il y a une marge que je ne suis pas disposé à franchir.

^g

Le juge Bisson accueille donc en partie la requête en évocation aux fins d'annuler la totalité du *duces tecum*.

^h VI—Moyens invoqués par les intimées au soutien de l'arrêt de la Cour d'appel et de leur pourvoi incident

ⁱ La position des intimées peut se résumer en quelques propositions essentielles que je tire de leur mémoire, quoique je ne les cite pas dans l'ordre où on les y trouve:

1. «la législation en cause s'applique à l'appelante parce [qu'elle] n'a pas pour objet véritable la réglementation des relations ou des conditions de travail;»

2. "sections 62 and 177 to 193 of the O.H.S.A. apply in the context of a statute the pith and substance of which is worker health and safety;"
3. "Chapter X of the *Act respecting occupational health and safety* . . . which deals with inspection, that is ss. 177 to 193, is designed *inter alia* to ensure that the objectives of the Act are attained and that it is applied in its entirety; the Act confers powers on inspectors for this purpose."
4. "In light of s. 2, which states that the object is "the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers", it may be concluded that the pith and substance of Chapter X of the O.H.S.A. is to give effect to this policy on worker health and safety by empowering the C.S.S.T. to make decisions in concreto regarding situations that might interfere with that purpose."
2. «les articles 62 et 177 à 193 de la L.S.S.T. s'exercent dans le cadre d'une loi qui a pour objet véritable la santé et la sécurité des travailleurs;»
3. «Le chapitre X de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* [...] qui porte sur l'inspection, c'est-à-dire les articles 177 à 193, vise notamment à assurer que les objectifs de la Loi sont atteints et que celle-ci est appliquée intégralement. À cet effet, la loi confère des pouvoirs à des inspecteurs.»
4. «À la lumière de l'article 2 qui énonce que l'objet est "l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs", il est permis de conclure que l'objet véritable du chapitre X de la L.S.S.T. est de mettre en œuvre cette politique de santé et de sécurité des travailleurs en habilitant la C.S.S.T. à se prononcer in concreto sur les situations susceptibles de battre en brèche cette finalité.»

To these basic arguments respondents added certain others under the heading [TRANSLATION] "Effect of provisions in question on appellant". These additional arguments are as follows:

(a) The investigation must be distinguished from the remedial orders.

The investigation itself, which made five employees of the railway undertaking unavailable for work for a few hours, does not affect a vital part or the operations of the undertaking any more than did the coroner's inquest held into the death of three of the accident victims. The "essentially harmless" *duces tecum* is limited "as to time (thirty days), as to space (the section where the accident occurred) and as to action (the accident on September 25, 1981)".

(b) Remedial orders do not necessarily follow on investigation.

(c) Remedial orders may be issued to third parties.

In this regard respondents adopted, with slight differences, one of the Court of Appeal's arguments. After noting that an accident may have been caused by a piece of defective equipment or a procedural error, they wrote:

[TRANSLATION] In the first case, the inspector could have issued a remedial order to the manufacturer directing it to correct the design used on this piece which

À ces moyens essentiels, les intimées ajoutent quelques arguments regroupés sous le titre: «L'effet des dispositions en cause sur l'appelante». Ces arguments additionnels sont les suivants:

a) Il faudrait distinguer l'enquête des avis de correction.

L'enquête elle-même, qui, pendant quelques heures, a rendu indisponibles cinq employés de l'entreprise ferroviaire, n'affecterait pas plus une partie vitale ou le fonctionnement ou les opérations de cette entreprise que ne l'a fait l'enquête du coroner qui a été tenue par suite de la mort de trois des victimes de l'accident. Le *duces tecum* «somme toute inoffensif» est limité «quant au temps (30 jours), quant à l'espace (le tronçon où l'accident eut lieu) et quant aux activités (l'accident du 25 septembre 1981)».

b) Des avis de correction ne suivent pas nécessairement une enquête.

c) Les avis de correction peuvent être adressés à des tiers.

À ce sujet, les intimées reprennent, en le nuanciant, un des arguments de la Cour d'appel; après avoir souligné qu'un accident peut avoir été provoqué par une pièce d'équipement défectueuse ou par une erreur de procédure, elles écrivent:

Dans le premier cas, l'inspecteur aurait pu émettre un avis de correction à l'égard du fabricant lui enjoignant de corriger la conception de cette pièce qui équipe tous

equips all railway cars, including the railway cars of an intraprovincial railway.

Finally, if there was really a procedural error that could recur in any of the railway operations in the province, could the inspector not use the experience acquired in this investigation to determine whether this procedure is in effect in intraprovincial railway companies in Quebec and to issue a remedial order, if necessary, or should he or she wait until a similar fatal accident occurs in such companies before undertaking an investigation and ordering the appropriate corrective action?

(d) The inspector only made recommendations.

(e) There was no attempt to apply the recommendations.

(f) To be inapplicable, the remedial order must affect a vital part of the federal undertaking, which would not be true of at least the first recommendation of inspector Courtois, even if it was a remedial order.

(g) The prevention imposed by the *Act* is the complement of the *Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1977, c. A-3.

(h) The investigation may come under the *Workmen's Compensation Act*.

Finally, respondents maintained that the *Act* does not conflict with any federal legislation.

VII—Discussion

The principal arguments put forward by respondents and some of their additional arguments concern the characterization and classification of the *Act* taken as a whole, including its Chapter X. In *Bell Canada*, the third case in this trilogy, I endeavour to show that because of its preventive nature, the *Act* inevitably regulates, directly and massively, the working conditions, labour relations and management of the undertakings to which it applies, and that for these reasons it is inapplicable to federal undertakings. Chapter X must be characterized and classified like the *Act*, as it is a key part of its prevention policy and

les wagons de chemin de fer, y compris les wagons d'une compagnie de chemin de fer intra-provinciale.

Finale­ment, s'il s'agissait vraiment d'une erreur de procédure susceptible de se reproduire chez tous les exploitants de chemin de fer dans la province, l'inspecteur ne pourrait-il pas se servir de l'expérience acquise au cours de la présente enquête pour aller constater sur place si cette procédure est en vigueur chez les compagnies de chemin de fer intra-provinciales au Québec et pour émettre un avis de correction, le cas échéant, ou devrait-il plutôt attendre qu'un accident mortel semblable se produise chez ces dernières avant d'entreprendre une enquête et d'ordonner les correctifs appropriés?

d) L'inspectrice n'a fait que des recommandations.

e) Il n'y a eu aucune tentative d'appliquer les recommandations.

f) Pour être inapplicable, l'avis de correction doit affecter une partie essentielle de l'entreprise fédérale, ce qui ne serait pas le cas à tout le moins pour la première recommandation de l'inspectrice Courtois, même s'il s'agissait d'un avis de correction.

g) La prévention imposée par la *Loi* est le complément de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q. 1977, chap. A-3.

h) L'enquête pouvait entrer dans le cadre de la *Loi sur les accidents du travail*.

Enfin les intimées soutiennent que la *Loi* n'est incompatible avec aucune législation fédérale.

VII—Discussion

Les moyens principaux invoqués par les intimées, de même que quelques-uns de leurs moyens additionnels ont trait à la qualification et à la classification de la *Loi* considérée dans son ensemble, y compris son chapitre X. Dans *Bell Canada*, le troisième arrêt de cette trilogie, j'ai tenté de démontrer qu'à cause de son caractère préventif, la *Loi* vise inévitablement, directement et massivement les conditions de travail, les relations de travail et la gestion des entreprises auxquelles elle s'applique et que, pour ces motifs, elle est inapplicable aux entreprises fédérales. Le chapitre X doit être qualifié et classifié à l'instar de la *Loi* car il

an essential means of attaining the objective of the *Act*, mentioned in s. 2: "the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers".

It follows that Chapter X of the *Act* is inapplicable to appellant and that, lacking any legal basis other than the provisions of this chapter, the investigation conducted by inspector Courtois was undertaken without the latter having the power to do so. The effect of this investigation on the federal undertaking is not relevant. This is a sufficient basis for allowing the appeal, dismissing the cross-appeal and restoring the Superior Court judgment.

This being the case, the discussion could end at this point; however, the reasons of the Court of Appeal and some of the grounds raised by respondents require, in my view, some further comment.

The cardinal error made by the Court of Appeal, with the greatest respect, is indicated by its definition of the problem before it. The error consists in concentrating on the power of the *C.S.S.T.* to initiate an investigation and on the limits of such power, but virtually forgetting the principal question, the characterization and general classification of the statute creating the investigative power, from which the investigation derives its own characterization and classification.

The characterization and classification of the *Act* were only touched upon, in an oblique manner, in less than four lines of the majority reasons of the Court of Appeal (at p. 39):

[TRANSLATION] . . . the fields of labour, of the person and protection for the person, are primarily within provincial legislative jurisdiction. Property and its protection from damage are also within that jurisdiction.

By proceeding in this way, the Court of Appeal to a degree assumed, without really discussing the point, that the *C.S.S.T.* has the necessary jurisdiction to initiate an investigation, and it was not until the end of its reasons, in connection with the *duces tecum*, that the Court considered the limits of a power which it had already implicitly recognized in principle. This is the reverse of what

constitue un élément clef de sa politique de prévention et un moyen essentiel d'atteindre l'objet de la *Loi*, mentionné à son art. 2, «l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs».

Il s'ensuit que le chapitre X de la *Loi* est inapplicable à l'appelante et que, privée de toute base juridique autre que les dispositions de ce chapitre, l'enquête instituée par l'inspectrice Courtois l'a été sans que celle-ci ait compétence pour le faire. L'effet de l'enquête sur l'entreprise fédérale n'est pas pertinent. Ces motifs suffisent à faire accueillir le pourvoi, à faire rejeter le pourvoi incident et à justifier le rétablissement du jugement de la Cour supérieure.

La discussion pourrait donc s'arrêter ici. Mais les motifs de la Cour d'appel et certains des moyens soulevés par les intimées me paraissent appeler quelques commentaires supplémentaires.

L'erreur cardinale commise par la Cour d'appel, soit dit avec beaucoup d'égard, est indiquée par sa définition du problème à résoudre. Cette erreur consiste à se concentrer sur le pouvoir de la *C.S.S.T.* d'instituer une enquête, ainsi que sur les limites d'un tel pouvoir, mais en oubliant presque la question principale, la qualification et la classification générale de la loi créant ce pouvoir d'enquête et d'où ce dernier tire sa propre qualification et sa propre classification.

La qualification et la classification de la *Loi*, en effet, sont à peine effleurées de manière oblique, en moins de quatre lignes, dans les motifs majoritaires de la Cour d'appel (à la p. 39):

. . . le domaine du travail, celui de la personne et de sa protection sont d'abord de compétence législative provinciale. Est également de la même compétence la propriété et la protection de son intégrité.

En procédant de cette façon, la Cour d'appel postule en quelque sorte et sans vraiment en discuter que la *C.S.S.T.* possède la compétence requise pour instituer une enquête, et ce n'est que vers la fin de ses motifs, à propos du *duces tecum*, qu'elle s'interroge sur les limites d'une compétence qu'elle a déjà reconnue implicitement dans son principe. C'est là inverser la démarche qui s'imposait. Il

should have been done. The first question should have focussed on what authority the *C.S.S.T.* could initiate an investigation. As the source of this authority could only be in the *Act*, it was necessary to characterize and classify the *Act* in constitutional terms in order to decide whether it applies to federal undertakings. This essential part of the analysis was overlooked.

Another error made by the Court of Appeal, perhaps related to the first, is that the Court apparently did not distinguish between free investigations or free collection of information and compulsory investigations which must be based on a specific constitutional power. The Court of Appeal and respondents appeared to consider the compulsory investigation as an end in itself, regardless of the field with which it is concerned. Thus, the Court of Appeal, as respondents did in their factum, seemed to justify the investigation initiated by the *C.S.S.T.* in constitutional terms by the interest of the province and the *C.S.S.T.* in provincial railways. Such an interest could only justify a compulsory investigation into provincial, not federal, railways. This is clear from reading *Keable 1979*, in which Pigeon J. wrote for the majority at pp. 240-42:

... appellants submitted first that there was no constitutional restriction on the possible scope of such an inquiry. It was contended that there was nothing to prevent a provincial government from ordering, in the public interest, an investigation into any subject whatever, just as any university or private institution can. The short answer to this contention is that this is not an inquiry of the same kind; it is being made, not by resorting only to generally available sources of information, but by compelling the attendance of witnesses to testify under oath and to produce documents. Such powers are not available to a commission set up by virtue of the royal prerogative, they depend on statutory authority, in the present case on the *Public Inquiry Commission Act* under which this Commission was established. A provincial statute cannot be effective beyond the constitutional limits of a provincial legislature's authority.

Great stress was laid by the appellants as well as by intervenants on Dickson's J. statement in *Di Iorio*, at p. 208, that "A provincial commission of inquiry, inquiring into any subject, might submit a report in which it

fallait d'abord se demander en vertu de quelle autorité la *C.S.S.T.* pouvait instituer une enquête. Comme la source de cette autorité ne pouvait se trouver que dans la *Loi*, il était nécessaire de qualifier et de classer cette dernière au plan constitutionnel pour juger de son applicabilité à des entreprises fédérales. Cette partie essentielle de l'analyse s'est trouvée escamotée.

b Une autre erreur de la Cour d'appel, peut-être reliée à la première, c'est que la Cour d'appel apparemment ne distingue pas entre les enquêtes libres ou libres collectes de renseignements, et les enquêtes coercitives qui doivent s'ancrer dans une compétence constitutionnelle déterminée. La Cour d'appel et les intimées semblent considérer l'enquête coercitive comme une fin en soi, abstraction faite du domaine sur lequel elle porte. Ainsi la Cour d'appel, comme les intimées à sa suite dans leur mémoire, paraissent justifier constitutionnellement l'enquête instituée par la *C.S.S.T.* par l'intérêt de la province et de la *C.S.S.T.* dans les chemins de fer provinciaux. Un tel intérêt ne pourrait justifier une enquête coercitive que sur les chemins de fer provinciaux, non sur les chemins de fer fédéraux. C'est ce qui ressort clairement de *Keable 1979* où le juge Pigeon écrit pour la majorité aux pp. 240 à 242:

... les appelants prétendent tout d'abord qu'il n'existe aucune limite constitutionnelle à la portée d'une telle enquête. Selon eux, rien n'empêche un gouvernement provincial d'ordonner, dans l'intérêt public, une enquête sur n'importe quel sujet, au même titre qu'une université ou une institution privée peut le faire. À cela il faut répondre qu'il ne s'agit pas d'une enquête de même nature; cette enquête-ci ne fait pas appel à des sources de renseignements accessibles à tous, mais procède par assignations à comparaître pour témoigner sous serment et produire des documents. Une commission établie en vertu de la prérogative royale, n'a pas ce pouvoir, elle ne l'obtient que par une loi, en l'occurrence la *Loi des commissions d'enquête* en vertu de laquelle cette commission a été établie. Une loi provinciale ne peut avoir d'effet au-delà des limites constitutionnelles du pouvoir législatif provincial.

Les appelants, ainsi que les intervenants, ont beaucoup insisté sur la phrase suivante du juge Dickson dans l'arrêt *Di Iorio*, à la p. 208: «Une commission d'enquête provinciale, *quel que soit* l'objet de son enquête, peut

appeared that changes in federal laws would be desirable". This was said *obiter* in a case concerning an inquiry into organized crime. As previously noted, the basis of the decision was that such an inquiry into criminal activities is within the proper scope of "The Administration of Justice in the Province". The intended meaning of the sentence quoted is not that a provincial commission may validly inquire into any subject, but that any inquiry into a matter within provincial competence may reveal the desirability of changes in federal laws. The commission might therefore, whatever may be the subject into which it is validly inquiring, submit a report in which it appeared that changes in federal laws would be desirable. This does not mean that the gathering of information for the purpose of making such a report may be a proper subject of inquiry by a provincial commission.

The constitutional pivot of the inquiry which was the subject of the dispute in *Keable 1979* was the provincial power over the administration of justice. The same is true of the coroner's inquest held in the case at bar: *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9. The same is also true for the inquiry in question in *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, as Pigeon J. indicated in the foregoing passage.

No one sought to justify the investigation held in the case at bar by the provincial power over the administration of justice.

Respondents' insistence on the fact that inspector Courtois' report contained only recommendations is perhaps also related to this concept of coercion, since allegedly this is not a remedial order with a mandatory effect. This appears to overlook the fact that, first, in *Keable 1979* the investigating commissioner could only make recommendations. The coercion lies in the instituting and holding of the investigation itself, and it is this coercion, *inter alia*, which requires a constitutional justification.

Additionally, I think it is singularly revealing that the conclusions of inspector Courtois' report were in the form of recommendations rather than remedial orders. This approaches an implicit admission that remedial orders similar to these

soumettre un rapport qui indique qu'il y aurait lieu de modifier certaines lois fédérales». Cette affirmation était *obiter* dans un arrêt concernant une enquête sur le crime organisé. Comme je l'ai déjà dit, le fondement de la décision est qu'une telle enquête sur des activités criminelles relève de «l'administration de la justice dans la province». La phrase précitée voulait dire non pas qu'une commission provinciale peut valablement faire enquête sur n'importe quel sujet, mais qu'une enquête sur une matière de compétence provinciale peut révéler certains changements souhaitables dans les lois fédérales. La commission peut donc, quel que soit le sujet de l'enquête à laquelle elle a validement procédé, soumettre un rapport d'où il ressort que certaines modifications de la loi fédérale sont souhaitables. Cela ne veut pas dire que la collecte de renseignements aux fins d'un tel rapport puisse valablement devenir un sujet d'enquête pour une commission provinciale.

Le pivot constitutionnel de l'enquête qui fait l'objet du litige dans *Keable 1979* est la compétence de la province en matière d'administration de la justice. Il en va de même pour l'enquête du coroner tenue en l'espèce: *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9. Il en va de même aussi pour l'enquête dont il est question dans *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, ainsi que l'indique le juge Pigeon dans le passage précité.

Personne n'a cherché à justifier l'enquête tenue en l'espèce par la compétence provinciale en matière d'administration de la justice.

L'insistance des intimées à souligner que le rapport de l'inspectrice Courtois ne contient que de simples recommandations est peut-être reliée elle aussi à ce concept de coercition puisqu'il ne s'agirait pas d'avis de correction ayant un effet mandataire. Ce serait oublier, d'abord, que dans *Keable 1979*, le commissaire enquêteur ne pouvait faire que des recommandations. C'est dans l'institution et la tenue même de l'enquête que réside la coercition, et c'est à cette coercition, entre autres, qu'il importe d'apporter une justification constitutionnelle.

Au surplus, il me paraît singulièrement révélateur que l'on ait donné aux conclusions du rapport de l'inspectrice Courtois la forme de recommandations plutôt que celle d'avis de correction. On se retient d'y voir une admission implicite que des

recommendations would have been unconstitutional.

I repeat what I wrote on this point in *Bell Canada* (at pp. 858-59):

I assume for the purposes of discussion that these recommendations do not conflict with any valid federal regulations, and I do not think it is clear that they impair the operations of the railway. However, it is plain that if these recommendations had taken the mandatory form of remedial orders, as authorized by the *Act*, and as might have been done for a provincial railway, then the vital or essential elements of the undertaking would have been affected. Such provisions would manifestly have been "railway legislation strictly so-called", and as they would have been addressed only to Canadian National and no one else, not only would they be inapplicable, but *ultra vires*. Indeed, it is likely that it was because such provisions are so obviously unconstitutional that they were described as "recommendations".

I view as erroneous, but also revealing, the argument made by respondents since the trial level, on which the Court of Appeal did not rule, that the investigation itself should be treated separately from the remedial orders, as if the latter were constitutionally more suspect than the investigation. They certainly are more visibly suspect, since they generally tend, as in the case at bar, to dictate to the manager of a federal undertaking how that undertaking is to be administered or operated, so as to eliminate the dangers and risks of an accident at the source.

There may of course not be any remedial orders, as for example if the investigator is unable to identify the causes of the accident or if the cause was corrected immediately or quickly. However, the actual purpose of the investigation is to identify these causes and to remove them by remedial orders. Although the latter are not inevitable, they nevertheless are the preventive means which the *Act* contemplates will ordinarily be used.

The trial judge was accordingly correct, in my opinion, in holding that the investigation should not be treated separately from the remedial orders.

avis de correction semblables à ces recommandations eussent été inconstitutionnels.

Je répète ce que j'écrivais à ce sujet dans *Bell Canada* (aux pp. 858 et 859):

Je tiens pour acquis, pour les fins de la discussion, que ces recommandations n'entrent en conflit avec aucune réglementation fédérale valide et il ne me paraît pas évident qu'elles entravent les opérations du chemin de fer. Mais il est clair que si ces recommandations avaient pris la forme mandataire des avis de correction, comme la *Loi* le permet, et comme il aurait pu se faire à propos d'un chemin de fer provincial, alors l'entreprise aurait été touchée dans ses éléments vitaux ou essentiels. De telles dispositions auraient manifestement constitué du «*railway legislation strictly so-called*», et comme elles ne s'adressent qu'aux Chemins de fer nationaux et à nul autre, non seulement auraient-elles été inapplicables, elles auraient été *ultra vires*. Il y a d'ailleurs lieu de penser que c'est parce que le caractère inconstitutionnel de pareilles dispositions crève les yeux qu'on les a qualifiées de «recommandations».

Me paraît erroné mais également révélateur l'argument invoqué par les intimées depuis la première instance sur lequel la Cour d'appel s'abstient de se prononcer et selon lequel il importe de dissocier l'enquête elle-même des avis de correction, comme si ces derniers étaient constitutionnellement plus suspects que l'enquête. Ils le sont effectivement de façon plus visible puisqu'ils tendent généralement, comme en l'espèce, à dicter au gestionnaire de l'entreprise fédérale comment administrer ou exploiter l'entreprise, de manière à éliminer à la source les dangers et les risques d'accident.

Sans doute peut-il ne pas y avoir d'avis de correction, par exemple si on ne réussit pas à découvrir les causes de l'accident ou si la cause en est corrigée immédiatement ou rapidement. Mais le but même de l'enquête est de découvrir ces causes et de les supprimer par des avis de correction. Quoique ceux-ci ne soient pas inévitables, ils constituent néanmoins le moyen préventif dont la *Loi* prévoit normalement l'utilisation.

Le premier juge a donc eu raison, à mon avis, de décider qu'il n'y a pas lieu de dissocier l'enquête des avis de correction.

Another error made by the Court of Appeal was to assume that if the C.S.S.T. was denied the power to initiate the investigation held by inspector Courtois in this case, this in practice meant denying the provincial authorities all powers of investigation.

I have already mentioned that a coroner held an inquest into the death of appellant's three employees killed in the railway collision.

The Court of Appeal was concerned by the need for a power to investigate for the purposes of the *Workmen's Compensation Act*. First, it should be noted that the investigation in the case at bar was not initiated for the purposes of the *Workmen's Compensation Act*. The summonses issued by inspector Courtois referred to ss. 62, 178 and 180 of the *Act*. Second, section 91 of the *Workmen's Compensation Act* gives the Commission des accidents du travail the power to examine the books, documents, files and accounts of any employer and "to make such other inquiry as the Commission may consider expedient for the purpose of making any verification necessary for the application of the acts administered by it . . ." In the case at bar the Court does not have to rule on the powers conferred on agencies by statutes other than the *Act*. The same is true for the powers to investigate water pollution, referred to by the Court of Appeal.

Finally, I find in the reasons of the Court of Appeal an error that is perhaps less serious than the preceding ones, but which is better not to be overlooked. The Court of Appeal wrote, as an illustration, that

[TRANSLATION] . . . while the result of the investigation could lead to recommendations regarding a piece of equipment, it could not, for instance, relate to respondent's railway signal mechanism.

I agree with the Court of Appeal as regards the railway signal mechanism, but note that the recommendations of inspector Courtois were concerned in part with precisely this matter. I also greatly doubt that a provincial authority can tell a federal railway undertaking what pieces of equipment it must or must not use.

Une autre erreur commise par la Cour d'appel, c'est d'avoir présumé que si l'on niait à la C.S.S.T. le pouvoir d'instituer l'enquête tenue par l'inspectrice Courtois dans ce cas, c'était effectivement nier tout pouvoir d'enquête aux autorités provinciales.

J'ai déjà mentionné qu'un coroner a tenu une enquête sur la mort des trois employés de l'appelante tués dans la collision ferroviaire.

La Cour d'appel s'inquiète à propos de la nécessité d'un pouvoir de faire enquête pour les fins de la *Loi sur les accidents du travail*. Il importe de noter, d'une part, que ce n'est pas pour les fins de la *Loi sur les accidents du travail* que l'enquête a été instituée en l'espèce. Les assignations émises par l'inspectrice Courtois réfèrent aux art. 62, 178 et 180 de la *Loi*. D'autre part, l'art. 91 de la *Loi sur les accidents du travail* confère, à la Commission des accidents du travail, le pouvoir d'examiner les livres, documents, dossiers ainsi que la comptabilité d'un employeur, ainsi que celui «de faire telle enquête que la commission juge utile aux fins de faire toute constatation nécessaire à l'application des lois qu'elle administre . . .». Nous n'avons pas, en l'espèce, à statuer sur les pouvoirs conférés à des organismes par d'autres lois que la *Loi*. Il en va de même pour les pouvoirs d'enquêter sur la pollution des cours d'eau, auxquels la Cour d'appel fait allusion.

Je relève enfin, dans les motifs de la Cour d'appel, une erreur peut-être moins grave que les précédentes, mais qu'il est préférable de ne pas laisser passer. La Cour d'appel écrit, à titre d'illustration, que

. . . si le résultat de l'enquête pouvait conduire à des recommandations sur une pièce d'équipement, il ne pourra aucunement porter, par exemple, sur les mécanismes de signalisation ferroviaire de l'intimée.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel, pour ce qui est des mécanismes de signalisation ferroviaire, tout en constatant qu'en partie, les recommandations de l'inspectrice Courtois portent justement sur ce sujet. Je doute beaucoup, par ailleurs, qu'une autorité provinciale puisse dicter à une entreprise fédérale de chemin de fer quelles pièces d'équipement elle doit ou ne doit pas utiliser.

VII—Conclusions

To the main constitutional question I would answer that ss. 62 and 177 to 193 of the *Act respecting occupational health and safety* are wholly inapplicable to an interprovincial railway undertaking, including railway works declared to be for the general advantage of Canada.

In view of the previous answer, it is not necessary to answer the question of whether these sections are inoperative.

I would decline to answer subquestions (1) and (2) and would answer each of subquestions (3)(a), (b) and (c) in the negative.

I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court.

The whole with costs throughout. No costs will be awarded, however, for or against the mis en cause.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Giard, Gagnon, Montréal.

Solicitors for the respondents: Dallaire, Joly-Ryan, Lafontaine & Associés, Longueuil.

Solicitor for the mis en cause the Attorney General of Quebec: Réal A. Forest, Ste-Foy.

Solicitor for the mis en cause the Attorney General of Canada: Gaspard Côté, Montréal.

VII—Conclusions

À la question constitutionnelle principale, je répondrais que les art. 62 et 177 à 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* sont inapplicables en tout à une entreprise ferroviaire interprovinciale, dont les ouvrages de chemin de fer ont été déclarés être à l'avantage général du Canada.

Vu la réponse précédente, il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si les mêmes articles sont inopérants.

Je déclinerais de répondre aux sous-questions 1) et 2) et je répondrais par la négative à chacune des sous-questions 3) a), b) et c).

J'accueillerais le pourvoi, je rejetterais le pourvoi incident, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure.

Le tout avec dépens dans toutes les cours. Toutefois, il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les mis en cause.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Giard, Gagnon, Montréal.

Procureurs des intimées: Dallaire, Joly-Ryan, Lafontaine & Associés, Longueuil.

Procureur du mis en cause le procureur général du Québec: Réal A. Forest, Ste-Foy.

Procureur du mis en cause le procureur général du Canada: Gaspard Côté, Montréal.

Alltrans Express Ltd. Appellant

v.

The Workers' Compensation Board of British Columbia Respondent

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Quebec Intervenors

INDEXED AS: ALLTRANS EXPRESS LTD. v. BRITISH COLUMBIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD)

File No.: 17991.

1986: January 28; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Applicability of provincial legislation — Occupational health and safety — Federal undertaking — Federal undertaking not complying with provincial regulations on health and safety — Whether provincial legislation which regulates occupational or industrial health and safety conditions in the workplace applicable to a federal undertaking — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)a. — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437 — Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77, ss. 4.04, 14.08.

This case is part of a trilogy which also includes *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, and *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868. The three cases, which raise the same issue, were heard consecutively and were essentially consolidated for the purposes of the hearings. The constitutional principles which govern the three cases have been reviewed in *Bell Canada*.

Appellant operates a trucking service that is exclusively interprovincial and international. It is a federal undertaking under ss. 91(29) and 92(10)a. of the *Constitution Act, 1867*. After an inspection at one of its depots in British Columbia, an officer of the Workers' Compensation Board of that province found that appel-

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Alltrans Express Ltd. Appelante

c.

La Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique Intimée

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Québec Intervenants

RÉPERTORIÉ: ALLTRANS EXPRESS LTD. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION BOARD)

N° du greffe: 17991.

1986: 28 janvier; 1988: 26 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit constitutionnel — Applicabilité d'une loi provinciale — Santé et sécurité du travail — Entreprise fédérale — Non-respect par une entreprise fédérale des règlements provinciaux sur la santé et la sécurité — Une loi provinciale qui réglemente les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a. — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 437 — Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77, art. 4.04, 14.08.

Le présent pourvoi fait partie d'une trilogie qui comprend également *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868. Les trois pourvois, qui soulèvent des questions similaires, ont été entendus consécutivement et se sont retrouvés presque réunis pour fins d'audition. C'est dans *Bell Canada* que l'on procède à la révision des principes applicables aux trois arrêts.

L'appelante exploite une entreprise de camionnage de caractère exclusivement interprovincial et international. Elle est une entreprise fédérale au sens du par. 91(29) et de l'al. 92(10)a. de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À la suite d'une inspection menée à l'un de ses entrepôts en Colombie-Britannique, un fonctionnaire de la Workers'

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

lant failed to comply with ss. 4.04 (safety committees in the workplace) and 14.08 (use of protective footwear) of the *Industrial Health and Safety Regulations*. In the officer's report, the appellant was ordered to ensure that all workers in this work establishment who were required to enter the vehicle repair section were wearing adequate footwear and to establish and maintain a safety committee. The Regulations were promulgated by the Board under the *Workers Compensation Act*, and the officer's report was made in accordance with the Act and the Regulations adopted pursuant to it. The appellant applied to the Supreme Court of British Columbia for a declaration that the orders were invalid on the ground that the Regulations under which the orders were made are within the exclusive legislative competence of the Parliament when they are applied to a federal undertaking. The Court granted the relief sought by the appellant. On appeal, the Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the appellant's application. The following constitutional question is raised by this appeal: is the *Workers Compensation Act*, in so far as it purports to empower the Workers' Compensation Board of British Columbia to regulate safety conditions at a federal undertaking, *ultra vires* the Legislative Assembly of British Columbia, or inapplicable or inoperative in respect of such undertaking?

Held: The appeal should be allowed. The *Workers Compensation Act*, in so far as it empowers the Workers' Compensation Board of British Columbia to regulate safety conditions, is inapplicable in respect of a federal undertaking.

It is impossible to distinguish the legislative and regulatory provisions impugned in this case from those of the *Quebec Act respecting occupational health and safety* which are discussed in *Bell Canada* and in *Canadian National*. Therefore, for the reasons given in *Bell Canada*, the provisions of the *Workers Compensation Act* relating to the prevention of worker accidents, including s. 73, cannot constitutionally apply to a federal undertaking. These provisions necessarily relate to the working conditions, labour relations and the management of the undertakings which are subject to the Act.

It is true that the preventive scheme in the *Workers Compensation Act* is less comprehensive than the one established by the *Quebec Act*, but it can be, and has been, in large measure completed and particularized by regulation. The difference thus between the two schemes is not a difference in kind but one in scope.

Compensation Board (la Commission) de cette province a conclu que l'appelante ne s'était conformée ni à l'art. 4.04 (comités de sécurité du travail) ni à l'art. 14.08 (usage de chaussures protectrices) des *Industrial Health and Safety Regulations*. Dans son rapport, le fonctionnaire a ordonné à l'appelante de voir à ce que tous les travailleurs de l'établissement qui avaient à entrer dans l'atelier de réparation de véhicules portent des chaussures adéquates et d'établir et de maintenir un comité de sécurité. Le règlement en cause a été adopté par la Commission en vertu de la *Workers Compensation Act* et le rapport du fonctionnaire a été établi en conformité avec la Loi et avec son règlement d'application. L'appelante a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique un jugement déclaratoire portant que les ordres sont invalides pour le motif que le règlement en vertu duquel ils ont été rendus relève de la compétence législative exclusive du Parlement lorsqu'on l'applique à une entreprise fédérale. La Cour a accordé le redressement sollicité par l'appelante. L'appel interjeté devant la Cour d'appel a été accueilli et la demande de l'appelante a été rejetée. Le présent pourvoi soulève la question constitutionnelle suivante: dans la mesure où la *Workers Compensation Act*, prétend conférer à la Commission le pouvoir de réglementer les conditions de sécurité dans une entreprise fédérale, excède-t-elle les pouvoirs de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique ou est-elle inapplicable à cette entreprise?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. La *Workers Compensation Act*, dans la mesure où elle confère à la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique le pouvoir de réglementer les conditions de sécurité, est inapplicable à une entreprise fédérale.

Il est impossible de distinguer les dispositions législatives et réglementaires contestées en l'espèce et celles de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* du Québec, dont il est question dans les arrêts *Bell Canada* et *Chemins de fer nationaux*. Par conséquent, pour les raisons données dans l'arrêt *Bell Canada*, les dispositions relatives au régime préventif de la *Workers Compensation Act*, y compris l'art. 73, ne sauraient constitutionnellement s'appliquer à une entreprise fédérale. Ces dispositions se rapportent nécessairement aux conditions de travail et aux relations du travail dans les entreprises assujetties à la loi en cause ainsi qu'à la gestion de ces entreprises.

Il est vrai que le régime préventif créé par la *Workers Compensation Act* est moins élaboré que celui établi par la loi québécoise, mais il peut dans une grande mesure être complété et étoffé par voie de règlement, ce qui s'est en fait produit. Donc, les deux régimes diffèrent l'un de l'autre non pas sur le plan de leur nature mais seulement sur celui de leur portée.

Finally, it is also true that, unlike the Quebec prevention scheme, the prevention scheme created by the British Columbia legislation is found in the same statute as the compensation scheme. For the reasons given in *Bell Canada*, however, this difference is not relevant. It is not only possible but indeed necessary to distinguish, from the point of view of constitutional law, between the characterization of the preventive scheme and that of the compensation scheme. Unlike the preventive scheme, the compensation scheme does not relate to working conditions, labour relations or the management of an undertaking. Instead it represents a statutory regime of collective no-fault liability designed to replace a private law regime of individual liability founded upon fault. This differing characterization allows the compensation scheme to be severed from the preventive scheme, even when they are in the same statute, in order to properly focus on the rules which do and do not apply to federal undertakings.

Cases Cited

Followed: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63, ss. 51(1), (3), (7), (11), 68 to 86, 179 to 193, 223(9).

Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77, ss. 4.04, 4.06(2)(b) [am. B.C. Reg. 374/79, s. 4], 14.08.

Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 149 D.L.R. (3d) 385, [1983] 6 W.W.R. 372, allowing the respondent's appeal from a judgment of Bouck J. (1980), 25 B.C.L.R. 22, 116 D.L.R. (3d) 79, which allowed appellant's petition challenging the authority of the respondent to enforce provincial safety regulations against a federal undertaking. Appeal allowed.

G. K. MacIntosh and D. I. McBride, for the appellant.

Finally, it is also true that, unlike the Quebec prevention scheme, the prevention scheme created by the British Columbia legislation is found in the same statute as the compensation scheme. For the reasons given in *Bell Canada*, however, this difference is not relevant. It is not only possible but indeed necessary to distinguish, from the point of view of constitutional law, between the characterization of the preventive scheme and that of the compensation scheme. Unlike the preventive scheme, the compensation scheme does not relate to working conditions, labour relations or the management of an undertaking. Instead it represents a statutory regime of collective no-fault liability designed to replace a private law regime of individual liability founded upon fault. This differing characterization allows the compensation scheme to be severed from the preventive scheme, even when they are in the same statute, in order to properly focus on the rules which do and do not apply to federal undertakings.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868.

Lois et règlements cités

Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77, art. 4.04, 4.06(2)(b) [mod. B.C. Reg. 374/79, art. 4], 14.08.

Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63, art. 51(1), (3), (7), (11), 68 à 86, 179 à 193, 223(9).

Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 437.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 149 D.L.R. (3d) 385, [1983] 6 W.W.R. 372, accueillant l'appel interjeté par l'intimée contre un jugement du juge Bouck (1980), 25 B.C.L.R. 22, 116 D.L.R. (3d) 79, qui a accueilli la pétition de l'appelante contestant le pouvoir de l'intimée d'appliquer à l'égard d'une entreprise fédérale les règlements provinciaux en matière de sécurité. Pourvoi accueilli.

G. K. MacIntosh et D. I. McBride, pour l'appelante.

E. R. A. Edwards, Q.C., and *E. D. Bates*, for the respondent and the intervener the Attorney General of British Columbia.

W. B. Scarth, Q.C., and *James M. Mabbutt*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean-François Jobin and *Alain Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—

I—Introduction

This case (“*Alltrans*”) is the first of a trilogy which also comprises *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868 (“*Canadian National*”), and *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 (“*Bell Canada*”).

The three cases raise essentially the same issue: is a provincial law which regulates occupational or industrial health and safety conditions in the work place constitutionally applicable to a federal undertaking?

Although *Bell Canada* is the third case in the trilogy, reasons for judgment in that case were written first. As is explained in those reasons, the three appeals were heard consecutively and were essentially consolidated for the purposes of the hearings. The constitutional principles which govern the three cases have been reviewed in *Bell Canada*. The provisions impugned in *Bell Canada* and in *Canadian National* are to be found in *An Act respecting occupational health and safety*, S.Q. 1979, c. 63 (the “*Quebec Statute*”). It is also in *Bell Canada* that these provisions have been characterized and classified for constitutional purposes. As will be seen shortly, they are of the same nature as the legislative and regulatory provisions impugned in the case at bar.

E. R. A. Edwards, c.r., et *E. D. Bates*, pour l’intimée et l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

W. B. Scarth, c.r., et *James M. Mabbutt*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Jean-François Jobin et *Alain Gingras*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Introduction

La présente affaire («*Alltrans*») est la première d’une trilogie qui comprend également *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868 («*Chemins de fer nationaux*»), et *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 («*Bell Canada*”).

Les trois pourvois soulèvent essentiellement la même question: une loi provinciale qui réglemente les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale?

Bien que l’affaire *Bell Canada* soit la troisième de la trilogie, les motifs de jugement y relatifs ont été rédigés en premier lieu. Comme on l’explique dans ces motifs, les trois pourvois ont été entendus consécutivement et ils se sont trouvés presque réunis pour fins d’audition. Les principes constitutionnels régissant les trois causes ont été passés en revue dans l’affaire *Bell Canada*. Les dispositions attaquées dans les affaires *Bell Canada* et *Chemins de fer nationaux* se trouvent dans la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1979, chap. 63 (la «*Loi québécoise*»). C’est également dans l’arrêt *Bell Canada* que ces dispositions ont été qualifiées et classifiées aux fins constitutionnelles. Comme nous allons le constater un peu plus loin, ces dispositions sont de même nature que les dispositions législatives et réglementaires attaquées en l’espèce.

II—The Facts and the Proceedings

The facts are undisputed. They have been summarized by Lambert J.A. who wrote the unanimous reasons of the British Columbia Court of Appeal reported at (1983), 149 D.L.R. (3d) 385. Here is how Lambert J.A. related these facts, at pp. 386-88:

Alltrans is incorporated in Ontario. It operates a trucking service that is exclusively interprovincial and international. It has three depots in British Columbia, the principal one in Burnaby. From that depot deliveries of goods from outside the province are made throughout the lower mainland. To that depot goods from the lower mainland are shipped for onward transportation out of the province. Alltrans is therefore a federal undertaking under head (29) of s. 91 and para. (a) of head (10) of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

As Alltrans is a federal undertaking the labour relations between it and its employees are governed by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1. Three unions are certified under that Act for the Burnaby depot, the teamsters for drivers, the machinists for truck maintenance workers, and the office workers for clerical workers.

The *Canada Labour Code* and the regulations under that Act contain provisions for safety committees in the work place and for the use of protective footwear. We were referred to the *Safety and Health Committee Regulations*, SOR/78-559, and to the *Canada Protective Clothing and Equipment Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1007.

The *Workers Compensation Act* of British Columbia empowers the board to make regulations for the prevention of injuries and industrial diseases in employments and places of employment. An officer of the board may inspect a place of employment. The board has made the *Industrial Health and Safety Regulations*, B.C. Reg. 585/77.

It was conceded by all the parties to the appeal that the federal regulations under the *Canada Labour Code* and the provincial regulations under the *Workers Compensation Act*, in so far as they each related to safety committees and protective footwear, the relevant items

II—Les faits et les procédures

Les faits sont incontestés. Ils ont été résumés par le juge Lambert qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, publiés à (1983), 149 D.L.R. (3d) 385. Voici l'exposé des faits que donne le juge Lambert aux pp. 386 à 388:

[TRADUCTION] Alltrans a été constituée en société en Ontario. Elle exploite une entreprise de camionnage de caractère exclusivement interprovincial et international. Elle possède trois entrepôts en Colombie-Britannique, dont le principal est situé à Burnaby. Les marchandises venant de l'extérieur de la province reçues à cet entrepôt sont livrées partout dans la partie sud de la Colombie-Britannique continentale. Les marchandises provenant de cette dernière région sont expédiées audit entrepôt en vue de leur transport en dehors de la province. Alltrans est donc une entreprise fédérale au sens du par. 91(29) et de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Comme Alltrans est une entreprise fédérale, les relations de travail entre elle et ses employés sont régies par le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1. Dans le cas de l'entrepôt de Burnaby, trois syndicats ont été accrédités en vertu de cette loi, savoir: celui des camionneurs pour les chauffeurs, celui des machinistes pour les travailleurs chargés de l'entretien des camions et celui des employés de bureau pour le personnel de bureau.

Le *Code canadien du travail* et son règlement d'application contiennent des dispositions prévoyant l'établissement de comités de sécurité dans les lieux de travail et l'utilisation de chaussures protectrices. On nous a cité le *Règlement sur les comités de santé et de sécurité*, DORS/78-559, et le *Règlement du Canada sur les vêtements et l'équipement protecteurs*, C.R.C. 1978, chap. 1007.

La *Workers Compensation Act* de la Colombie-Britannique habilite la Commission [la *Workers' Compensation Board*] à adopter des règlements pour la prévention des lésions corporelles et des maladies professionnelles dans les emplois et dans les lieux de travail. Tout lieu de travail peut être inspecté par un fonctionnaire de la Commission. Cette dernière a adopté le règlement dit *Industrial Health and Safety Regulations*, B.C. Reg. 585/77.

Toutes les parties à l'appel ont reconnu que le règlement fédéral adopté en vertu du *Code canadien du travail* et le règlement provincial adopté en vertu de la *Workers Compensation Act*, dans la mesure où ils se rapportent aux comités de sécurité et à l'utilisation de

in this appeal, did not conflict with each other, but rather duplicated and supplemented each other.

An officer of the Workers' Compensation Board inspected the Burnaby depot and on May 25, 1979, issued an inspection report. The substance of the inspection report was as follows:

During inspection of these operations the following infractions of W.C.B. Regulations or other hazards were observed.

1. *Workers were observed in the vehicle repair section wearing running shoes & other types of inadequate footwear. This contravenes I.H. & S. Reg. 14.08(1) & (2).*

Ensure all workers in this work establishment who require to enter the vehicle repair section are wearing adequate footwear in accordance with the I.H. & S. Regs.

2. *There is no safety committee operating at this establishment contrary to I.H. & S. Regs. Section 4.00.*

Establish and maintain a safety committee in accordance with the I.H. & S. Regs.

NOTE:

The Workers' Compensation Act requires that one copy of this report be posted in a conspicuous place at or near the operation inspected.

An employer who fails to comply with industrial, health and safety regulations is subject to a penalty assessment or levy, prosecution and or closure order.

(I have italicized the part that was handwritten.)

The final sentence under No. 1 and the final sentence under No. 2 are the two orders in issue.

The appellant applied to the Supreme Court of British Columbia for a declaration that the two orders in issue are invalid on the ground that the regulations under which the two orders were made are within the exclusive legislative competence of the Parliament of Canada when they are applied to a federal undertaking.

Bouck J. of the Supreme Court of British Columbia granted the relief sought by the appellant: (1980), 116 D.L.R. (3d) 79.

chaussures protectrices, ce dont il est question en l'espèce, n'étaient pas incompatibles, mais faisaient plutôt double emploi l'un avec l'autre et se complétaient.

Un fonctionnaire de la Workers' Compensation Board a inspecté l'entrepôt de Burnaby et, le 25 mai 1979, a produit un rapport d'inspection qui portait essentiellement:

Au cours de l'inspection des lieux, on a constaté les infractions suivantes au règlement adopté par la Commission ou d'autres dangers:

1. *Dans l'atelier de réparation des véhicules, on a aperçu des travailleurs qui portaient des espadrilles et d'autres types de chaussures inadéquates, contrairement aux I.H. & S. Regs. 14.08(1) & (2).*

Il faut voir à ce que tous les travailleurs de cet établissement qui ont à entrer dans l'atelier de réparation des véhicules portent des chaussures adéquates, conformément aux I.H. & S. Regs.

2. *Contrairement à l'art. 4.00 des I.H. & S. Regs., cet établissement n'est pas doté d'un comité de sécurité.*

Il faut établir et maintenir un comité de sécurité, conformément aux I.H. & S. Regs.

NOTE:

Aux termes de la Workers Compensation Act, une copie du présent rapport doit être affichée à un endroit bien en vue dans l'atelier qui a fait l'objet de l'inspection, ou près de cet endroit.

Tout employeur qui ne se conforme pas au règlement en matière de santé et de sécurité du travail est passible d'une cotisation supplémentaire, de poursuites judiciaires ou d'un ordre de fermeture, ou des trois à la fois.

(J'ai mis en italique les parties manuscrites.)

La dernière phrase du point n° 1 et la dernière phrase du point n° 2 représentent les deux ordres présentement en cause.

L'appelante a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique un jugement déclaratoire portant que les deux ordres en question sont invalides pour le motif que le règlement en vertu duquel ils ont été rendus relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada lorsqu'on l'applique à une entreprise fédérale.

Le juge Bouck de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accordé le redressement sollicité par l'appelante: (1980), 116 D.L.R. (3d) 79.

The respondent appealed to the Court of Appeal for British Columbia. The Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the appellant's application.

III—The Judgments of the Courts Below

These judgments are reported. They have been summarized and discussed at length in *Bell Canada*.

IV—The Constitutional Question

The issue in this appeal appears in the constitutional question stated by Ritchie J.:

Whether the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 437, insofar as it purports to empower the Workers' Compensation Board of British Columbia to regulate safety conditions at a federal undertaking, is *ultra vires* the Legislative Assembly of British Columbia, or inapplicable or inoperative in respect of such undertaking?

V—The Impugned Provisions

As is indicated by its title, the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 437 (the "*B.C. Statute*") creates a compensation scheme for the benefit of workers injured in the course of their employment. It establishes an accident fund which is maintained by assessments levied upon employers subject to the *B.C. Statute* (ss. 36 to 39). Alltrans Express Ltd. is one of these employers (s. 36, Class 7). Differential rates of assessment may be prescribed under s. 42:

42. The board shall establish subclassifications, differentials and proportions in the rates as between the different kinds of employment in the same class as may be considered just; and where the board thinks a particular industry or plant is shown to be so circumstanced or conducted that the hazard or cost of compensation differs from the average of the class or subclass to which the industry or plant is assigned, the board shall confer or impose on that industry or plant a special rate, differential or assessment to correspond with the relative hazard or cost of compensation of that industry or plant, and for that purpose may also adopt a system of experience rating.

L'intimée a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a accueilli l'appel et rejeté la demande de l'appelante.

^a III—Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

^b Ces jugements ont été publiés. Ils sont résumés et font l'objet d'une étude approfondie dans l'arrêt *Bell Canada*.

IV—La question constitutionnelle

^c La question qui se pose dans le présent pourvoi se dégage de la question constitutionnelle formulée par le juge Ritchie:

^d Dans la mesure où la *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 437, prétend conférer à la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique le pouvoir de réglementer les conditions de sécurité dans une entreprise fédérale, excède-t-elle les pouvoirs de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique ou est-elle inapplicable à cette entreprise?

^e V—Les dispositions attaquées

^f Comme l'indique son titre, la *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 437 (la «*Loi de la Colombie-Britannique*»), crée un régime d'indemnisation au profit des travailleurs blessés dans le cadre de leur emploi. Elle établit une caisse des accidents qui est alimentée par des cotisations perçues des employeurs assujettis à la *Loi de la Colombie-Britannique* (art. 36 à 39). Alltrans Express Ltd. est au nombre de ces employeurs (art. 36, catégorie 7). Suivant l'article 42, des taux différents de cotisation peuvent être prescrits.

^g [TRADUCTION] 42. La commission établit pour les taux les sous-classifications, différences et proportions, correspondant aux différentes sortes d'emplois dans la même catégorie, qui peuvent sembler justes en l'occurrence, et lorsque la commission estime qu'il est démontré qu'une certaine industrie ou usine comporte des conditions ou est exploitée de telle manière que le risque ou le coût de l'indemnisation diffère de la moyenne de la catégorie ou de la sous-catégorie dont relève l'industrie ou l'usine en question, la commission fixe ou impose à cette industrie ou à cette usine un taux, une différence ou une cotisation particuliers, correspondant aux risques relatifs ou au coût d'indemnisation dans cette industrie ou cette usine, et elle peut également, à cette fin, adopter un système d'évaluation fondé sur l'expérience.

An unpaid assessment constitutes a lien upon the property of the employer (s. 52). Sections 53 and ff. provide *inter alia* for worker's and employer's notification of injury, application for compensation, duty of physician or practitioner, worker's duty to submit to examination, medical review panels, deceased workers, accounting and audit of accounts.

The appellant does not attack the validity or applicability of the compensation scheme of the *B.C. Statute*. It concedes "that it and its employees are proper parties to the Respondent's compensation scheme, and . . . that the Respondent may have the power to investigate the Appellant's premises for the purpose of determining the rate upon which assessments are to be levied against the Appellant pursuant to the compensation scheme." According to the appellant's factum in this Court, "[s]uch activities by the Respondent do not interfere with the management and operation of the federal undertaking."

In addition to the compensation scheme above referred to, the *B.C. Statute* establishes a prevention scheme "for the prevention of injuries and industrial diseases in employments and places of employment."

Sections 71 to 74 of the *B.C. Statute* provide in part as follows:

71. (1) The board may make regulations, whether of general or special application and which may apply to employers, workers and all other persons working in or contributing to the production of an industry within the scope of this Part, for the prevention of injuries and industrial diseases in employments and places of employment, including regulations limiting the right to conduct blasting operations in industries within the scope of this Part to those persons who are the holders of a blaster's certificate issued by the board

(2) The board may issue orders and directions specifying the means or requirements to be adopted in any employment or place of employment for the prevention of injuries and industrial diseases.

Toute cotisation impayée constitue un privilège qui grève les biens de l'employeur (art. 52). Les articles 53 et suivants traitent notamment de l'avis que doivent donner le travailleur et l'employeur en cas de lésion corporelle, de la demande d'indemnité, de l'obligation du médecin ou du praticien, de l'obligation du travailleur de se soumettre à un examen, des comités de révision médicale, des travailleurs décédés, de la comptabilité et de la vérification des comptes.

L'appelante ne conteste ni la validité ni l'applicabilité du régime d'indemnisation établi par la *Loi de la Colombie-Britannique*. Elle reconnaît [TRADUCTION] «qu'elle et ses employés sont des participants légitimes au régime d'indemnisation de l'intimée et [. . .] qu'il se peut que l'intimée ait le pouvoir d'inspecter les locaux de l'appelante afin de déterminer le taux des cotisations auxquelles cette dernière sera assujettie en vertu du régime d'indemnisation». Suivant le mémoire produit par l'appelante en cette Cour, [TRADUCTION] «[c]es activités de l'intimée n'affectent ni la gestion ni l'exploitation de l'entreprise fédérale».

Outre le régime d'indemnisation susmentionné, la *Loi de la Colombie-Britannique* institue un régime de prévention [TRADUCTION] «visant à prévenir les lésions corporelles et les maladies professionnelles dans les emplois et dans les lieux de travail».

Les articles 71 à 74 de la *Loi de la Colombie-Britannique* disposent notamment:

[TRADUCTION] 71. (1) La commission peut adopter des règlements d'application générale ou particulière, auxquels peuvent être assujettis les employeurs, les travailleurs et toute autre personne participant ou contribuant à la production d'une industrie visée par la présente partie, afin de prévenir les lésions corporelles et les maladies professionnelles dans les emplois et dans les lieux de travail, y compris des règlements limitant aux titulaires d'un certificat en ce sens délivré par la commission le droit de mener des opérations de dynamitage dans les industries relevant de la présente partie

(2) La commission peut donner des ordres et des directives précisant les moyens à prendre ou les exigences à remplir dans tout emploi ou lieu de travail pour la prévention des lésions corporelles et des maladies professionnelles.

(3) An officer of the board or a person authorized by the board may at all reasonable hours inspect the place of employment of a worker within the scope of this Part. Immediately after each visit the person authorized under this subsection shall cause to be posted in a conspicuous place, at or near the works, establishment or premises, a statement showing what portion of the works, establishment or premises has been inspected, and the condition found to prevail there, and he shall furnish a copy of the statement to the manager of the works, establishment or premises, and, where the inspection visit is made by an industrial hygiene officer, and where it is impracticable for the statement required by this section to be posted immediately after the visit, it shall be posted as soon as possible after the visit.

(4) The board may engage in and carry on a general educational program for employers, employees and the general public in relation to the prevention of accidents and industrial diseases, first aid and the general operations and responsibilities of the board, and for that purpose may advertise, sponsor contests and award prizes, scholarships and other monetary awards, including rewards for bravery in rescuing or attempting to rescue a worker from serious injury or death, and may undertake or support research in matters relating to its responsibilities under this Act.

(5) The board may charge a class or subclass with the cost of investigations, inspections and other services rendered the class or subclass for the prevention of injuries and industrial diseases.

(6) ...

(7) ...

(8) A commissioner or officer of the board may investigate an accident resulting in injury to, or the death of, a worker, and may inspect and inquire with respect to health and safety matters at any place of employment, and may make the inquiries and inspect the documents he considers necessary for these purposes, and any employer, worker or other person who withholds information from a commissioner or officer making inquiries, or who otherwise obstructs or interferes with a commissioner or officer in the exercise of his functions under this section, commits an offence and

(3) Un fonctionnaire de la commission ou une personne autorisée par celle-ci peut à toute heure raisonnable inspecter le lieu de travail d'un travailleur visé par la présente partie. Immédiatement après chaque visite, la personne autorisée en vertu du présent paragraphe fait afficher à un endroit bien en vue, à l'usine, dans l'établissement ou les locaux, ou près de ceux-ci, une déclaration indiquant quelle partie de l'usine, de l'établissement ou des locaux a été inspectée ainsi que les conditions y constatées; de plus, elle fait tenir copie de la déclaration au directeur de l'usine, de l'établissement ou des locaux et, lorsque l'inspection se fait par un hygiéniste professionnel et qu'il est impossible d'afficher immédiatement après sa visite la déclaration requise par le présent article, elle doit être affichée aussitôt que possible.

(4) La commission peut établir et mettre en œuvre, à l'intention des employeurs, des employés et du grand public, un programme éducatif général portant sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles, sur les premiers soins ainsi que sur les fonctions et les responsabilités générales de la commission et, à cette fin, elle peut faire de la publicité, organiser des concours et attribuer des prix, des bourses d'études et d'autres récompenses pécuniaires, y compris des récompenses pour la bravoure dont on a pu faire preuve en évitant à un travailleur des lésions corporelles graves ou en le sauvant de la mort ou en tentant de le faire; elle peut en outre entreprendre ou soutenir des recherches dans des domaines se rapportant aux responsabilités qui lui incombent en vertu de la présente loi.

(5) La commission peut imputer à une catégorie ou à une sous-catégorie le coût des enquêtes, inspections et autres services rendus à cette catégorie ou à cette sous-catégorie pour la prévention de lésions corporelles et de maladies professionnelles.

(6) ...

(7) ...

(8) Un commissaire ou un fonctionnaire de la commission peut faire enquête sur tout accident qui a causé des lésions corporelles à un travailleur ou qui a entraîné la mort de celui-ci; il peut procéder à une inspection et à une enquête relativement à des questions de santé et de sécurité à n'importe quel lieu de travail et il peut demander les renseignements et examiner les documents qu'il juge nécessaires à ces fins. L'employeur, le travailleur ou toute autre personne qui refuse de fournir des renseignements au commissaire ou au fonctionnaire qui les demande, ou l'entrave ou le gêne de quelque autre manière dans l'exercice de ses fonctions en vertu du présent article, commet une infraction et est passible,

is liable on conviction to a fine not exceeding \$5,000, or to imprisonment not exceeding 3 months, or to both.

(9) ...

72. (1) On every inspection visit under section 71 (3), the employer and the workers shall each have a right to have a representative accompany the officer of the board or person authorized by the board.

(2) The representative of the employer shall be a person the employer appoints.

(3) Where there are 2 or more employers at the place of work being inspected, the employer for this purpose shall be selected by the officer of the board having regard to the employer who appears to him to be the principal contractor, or to have the greatest number of workers, or to have the workers with the greatest exposure to hazard.

(4) Where there is a union, the workers' representative shall be selected by the union from among the members of the accident prevention committee, the shop stewards or other union officials, employed at the place of work being inspected.

(5) In this section "union" means,

(a) where the workers in the place of employment being inspected are all, or substantially all, one bargaining unit certified under the *Labour Code*, the union certified as the bargaining agent for that bargaining unit; or

(b) where the workers in the place of employment are not substantially all in one bargaining unit, or where there is no union certified for that bargaining unit, the union selected by the officer of the board, having regard to the union that appears to him to have the greatest number of members at the place of employment being inspected, and the union that appears to him to have members with the greatest exposure to hazard.

(6) Where there is no union, the workers' representative shall be selected by and from among the workers' representatives on the accident prevention committee, and, where there is no committee, or where no worker member of that committee is available, the officer of the board may select the workers' representative.

(7) An employer may object to the selection of a worker representative on the ground that the withdrawal

sur déclaration de culpabilité, d'une amende ne dépassant pas 5 000 \$ ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de trois mois, ou de l'une et l'autre peine.

^a (9) ...

72. (1) Lors de chaque visite d'inspection faite en vertu du paragraphe 71 (3), l'employeur et les travailleurs ont respectivement droit à ce qu'un représentant accompagne le fonctionnaire de la commission ou la personne autorisée par celle-ci.

(2) Le représentant de l'employeur est nommé par celui-ci.

^c (3) Lorsqu'il y a plus d'un employeur au lieu de travail faisant l'objet de l'inspection, l'employeur aux fins de cette inspection est choisi par le fonctionnaire de la commission, qui tient compte de l'employeur qui lui paraît être le maître d'œuvre ou compter le plus grand nombre de travailleurs ou celui dont les travailleurs sont les plus exposés au danger.

^d (4) Lorsqu'il y a un syndicat, le représentant des travailleurs est choisi par le syndicat parmi les membres du comité de prévention des accidents, les délégués syndicaux ou d'autres responsables syndicaux employés au lieu de travail faisant l'objet de l'inspection.

(5) Dans le présent article «syndicat» désigne,

a) lorsque la totalité ou la quasi-totalité des travailleurs dans le lieu de travail faisant l'objet de l'inspection forme une seule unité de négociation accréditée en vertu du *Labour Code*, le syndicat accrédité comme agent de négociation pour cette unité; ou

^e b) lorsque la quasi-totalité des travailleurs dans le lieu de travail ne forme pas une seule unité de négociation ou qu'il n'y a pas de syndicat accrédité pour cette unité de négociation, le syndicat choisi par le fonctionnaire de la commission, qui fait ce choix en fonction du syndicat qui lui paraît compter le plus grand nombre de membres au lieu de travail faisant l'objet de l'inspection, et de celui dont les membres lui paraissent les plus exposés au danger.

^f (6) Lorsqu'il n'y a pas de syndicat, le représentant des travailleurs est choisi par les représentants des travailleurs membres du comité de prévention des accidents et parmi ceux-ci et, lorsqu'il n'y a pas de comité ou qu'aucun travailleur membre de ce comité n'est disponible, le fonctionnaire de la commission peut choisir le représentant des travailleurs.

^g (7) Un employeur peut contester le choix d'un représentant des travailleurs en faisant valoir que si ce tra-

of that worker from his work would unduly impede production, and another worker representative shall then be chosen; but an employer may only object to one selection on that ground.

(8) A worker representative accompanying an officer of the board or person authorized by the board shall continue to be entitled to the same wage rate or other remuneration as if he were engaged in his normal work.

(9) Nothing in this section shall be construed as

- (a) requiring the board to give advance notice of an inspection visit;
- (b) limiting the right of an officer of the board or person authorized by the board to speak to a person out of earshot of any other person; or
- (c) limiting the authority of the board by regulation or by order, to confer other or further rights on union officials or other workers.

(10) Where an inspection visit involves the attendance of an officer of the board or person authorized by the board at one place of work for a period exceeding one day, the rights conferred under this section may be abridged by regulation of the board, or by direction of the officer of the board.

73. (1) Where the board considers that

- (a) sufficient precautions are not taken by an employer for the prevention of injuries and industrial disease;
- (b) the place of employment or working conditions are unsafe; or
- (c) the employer has not complied with regulations, orders or directions made under section 71,

the board may assess and levy on the employer a percentage of the amount of the assessment for the preceding year or the projected assessment for the current year and may collect the amount so assessed and levied in the same way as an assessment is collected. The powers conferred by this subsection may be exercised as often as the board considers necessary. The board, if satisfied the default was excusable, may relieve the employer in whole or in part from liability.

(2) Where an injury, death or disablement from industrial disease in respect of which compensation is payable occurs to a worker, and the board considers that this was due substantially to the gross negligence of an

vailleure s'absente de son poste cela entravera indûment la production, et un autre représentant des travailleurs doit alors être choisi; mais un employeur ne peut contester un choix pour ce motif qu'une seule fois.

(8) Le représentant des travailleurs qui accompagne le fonctionnaire de la commission ou la personne autorisée par celle-ci a droit au même salaire ou à la même rémunération qu'il aurait reçu s'il avait vaqué à ses occupations normales.

(9) Aucune disposition du présent article ne doit s'interpréter comme

- a) exigeant que la commission donne un préavis d'une visite d'inspection;
- b) limitant le droit d'un fonctionnaire de la commission ou d'une personne autorisée par celle-ci de parler seul à seul à une personne; ou
- c) limitant le pouvoir de la commission de conférer, par la voie d'un règlement ou d'un ordre, d'autres droits à des responsables syndicaux ou à d'autres travailleurs.

(10) Lorsqu'une visite d'inspection nécessite que le fonctionnaire de la commission ou la personne autorisée par celle-ci soit présent à un lieu de travail pour une période de plus d'un jour, les droits conférés par le présent article peuvent être limités soit au moyen d'un règlement adopté par la commission, soit au moyen d'une directive émanant du fonctionnaire de la commission.

73. (1) La commission, lorsqu'elle estime

- a) qu'un employeur n'a pas pris des précautions suffisantes en vue de prévenir les lésions corporelles et les maladies professionnelles,
- b) que le lieu ou les conditions de travail sont dangereux, ou
- c) que l'employeur ne s'est pas conformé aux règlements adoptés ou aux ordres ou aux directives donnés en vertu de l'art. 71,

peut fixer un pourcentage de la cotisation de l'année précédente ou de la cotisation prévue pour l'année en cours et percevoir de l'employeur la somme ainsi établie, de la même manière qu'une cotisation. Les pouvoirs conférés par le présent paragraphe peuvent s'exercer aussi souvent que la commission le juge nécessaire. Si elle est convaincue que le manquement était excusable, la commission peut dégager, totalement ou partiellement, l'employeur de sa responsabilité.

(2) Lorsqu'un travailleur subit des lésions corporelles, meurt ou devient invalide par suite d'une maladie professionnelle donnant lieu à indemnisation et que la commission estime que cela est en grande partie dû à la

employer or to the failure of an employer to adopt reasonable means for the prevention of injuries or industrial diseases or to comply with the orders or directions of the board, or with the regulations made under this Part, the board may levy and collect from that employer as a contribution to the accident fund the amount of the compensation payable in respect of the injury, death or industrial disease, not exceeding in any case \$11,160.08, and the payment of that sum may be enforced in the same manner as the payment of an assessment may be enforced.

74. (1) Where the board or an officer of it considers that conditions of immediate danger exist in any employment or place of employment which would likely result in serious injury, death or industrial disease to any worker employed there, the board or officer may order the employer to immediately close down all or part of the employment or place of employment and the industry carried on there. The order shall be in writing and is sufficiently served if left with the owner, manager, superintendent or other person having apparent supervision of the employment or place of employment. An order of an officer of the board is not effective beyond 24 hours unless confirmed in writing by the board.

(2) Where as a result of an order under subsection (1) or under section 70 (1) (c) the employment of a worker of the employer to whom the order is addressed is suspended or terminated, the employer shall pay the worker the amount he would have earned, or been likely to earn, for the day of the closure and for the next 3 working days during which the closure is in effect, or for a longer period provided by a collective agreement as defined in the *Labour Code*.

(3) An employer who fails, neglects or refuses to comply with an order made by the board or officer of the board under subsection (1) commits an offence and is liable on conviction to a fine not exceeding \$50,000, or to imprisonment not exceeding 6 months, or to both.

As is the case for the *Quebec Statute*, the *B.C. Statute* is administered by the Minister of Labour.

négligence grave de l'employeur ou à son omission de prendre des moyens raisonnables pour prévenir les lésions corporelles ou les maladies professionnelles ou pour se conformer aux ordres ou aux directives de la commission ou aux règlements adoptés en vertu de la présente partie, la commission peut percevoir de cet employeur comme contribution à la caisse des accidents le montant de l'indemnité payable à l'égard des lésions corporelles, du décès ou de la maladie professionnelle en question, jusqu'à concurrence de 11 160,08 \$, et le paiement de cette somme est exigible de la même façon que le paiement d'une cotisation.

74. (1) Lorsque la commission ou un de ses fonctionnaires estime qu'il existe dans un emploi ou dans un lieu de travail donnés des conditions qui présentent un danger immédiat susceptible de causer aux travailleurs y employés des lésions graves, la mort ou une maladie professionnelle, la commission ou le fonctionnaire en question peut ordonner à l'employeur de fermer sur-le-champ, complètement ou partiellement, le lieu de travail en question et de mettre fin à la totalité ou à une partie des activités y exercées. Cet ordre doit être donné par écrit et il y a signification suffisante s'il est remis au propriétaire, au directeur, au chef ou à toute autre personne chargée apparemment de surveiller l'emploi ou le lieu de travail en question. Un ordre d'un fonctionnaire de la commission ne reste en vigueur que pendant vingt-quatre heures, à moins que la commission ne confirme cet ordre par écrit.

(2) Lorsque, par suite d'un ordre donné en vertu du paragraphe (1) ou en vertu de l'alinéa 70 (1) c), l'emploi d'un travailleur au service de l'employeur à qui l'ordre est adressé est suspendu ou supprimé, l'employeur doit payer à ce travailleur la somme qu'il aurait gagnée ou qu'il aurait probablement gagnée pour la journée de la fermeture et pour les trois jours ouvrables suivants pendant lesquels dure la fermeture ou pour toute période plus longue prévue par une convention collective au sens de la définition figurant dans le *Labour Code*.

(3) L'employeur qui omet, néglige ou refuse de se conformer à un ordre donné par la commission ou un de ses fonctionnaires en vertu du paragraphe (1) commet une infraction et est passible, sur déclaration de culpabilité d'une amende ne dépassant pas 50 000 \$ ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de six mois, ou de l'une et l'autre peine.

À l'instar de la *Loi québécoise*, la *Loi de la Colombie-Britannique* est administrée par le ministre du Travail.

Pursuant to s. 71 of the *B.C. Statute*, the Workers' Compensation Board has made regulations known as the *Industrial Health and Safety Regulations*, B.C. Reg. 585/77.

These regulations comprise s. 4 relating to safety committees, and s. 14.08 (1) and (2) relating to safety footwear.

Section 4.04 provides as follows:

4.04. (1) The Industrial Health and Safety Committee shall have:

Committee membership

- (a) not fewer than four regular members, employed at the operation and experienced in the types of work carried on at the operation, and
- (b) membership chosen by and representing the workers and the employer. In no case shall the employer's representatives outnumber those of the workers, and
- (c) a chairman and secretary elected from and by the members of the committee. Where the chairman is an employer member the secretary shall be a worker member and vice versa.

Provision of additional committees

(2) Where the size or nature of the operation precludes the effective functioning of a single committee, additional committees may be established as the situation requires, or as directed by an officer of the Board.

Function

4.06 (1) The Industrial Health and Safety Committee shall assist in creating a safe place of work, shall recommend actions which will improve the effectiveness of the industrial health and safety program, and shall promote compliance with these regulations.

Detailed duties

(2) Without limiting the generality of the foregoing, the Committee shall:

- (a) (i) determine that regular inspections of the place of employment have been carried out as required by regulation 8.08; and
- (ii) determine that accident investigations have been made as required by Section 6, and
- (iii) recommend measures required to attain compliance with these regulations and the correction of hazardous conditions, and

Conformément à l'art. 71 de la *Loi de la Colombie-Britannique*, la Workers' Compensation Board a adopté un règlement intitulé *Industrial Health and Safety Regulations*, B.C. Reg. 585/77.

^a L'article 4 de ce règlement porte sur les comités de sécurité et les par. 14.08 (1) et (2) portent sur les chaussures de sécurité.

^b L'article 4.04 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] **4.04.** (1) Le comité de santé et de la sécurité du travail se compose:

Membres du comité

- ^c a) d'au moins quatre membres permanents qui sont employés dans l'entreprise en question et qui ont de l'expérience dans les types de tâches qui y sont exécutées, et
- ^d b) de membres choisis par les employés et l'employeur et qui les représentent, les représentants de l'employeur ne devant en aucun cas être plus nombreux que ceux des travailleurs, et
- ^e c) d'un président et d'un secrétaire choisis parmi les membres du comité et élus par ceux-ci. Lorsque le président est un membre représentant l'employeur, le secrétaire doit être un membre représentant les travailleurs et vice versa.

Constitution de comités additionnels

^f (2) Lorsque, en raison de la taille ou de la nature de l'entreprise, un seul comité ne peut fonctionner efficacement, des comités additionnels peuvent être constitués si la situation l'exige ou si un fonctionnaire de la commission l'ordonne.

Fonctions

^g **4.06.** (1) Le comité de santé et de la sécurité du travail contribue à assurer la sécurité dans les lieux de travail, recommande des mesures permettant d'améliorer l'efficacité du programme de santé et de sécurité du travail et favorise le respect du présent règlement.

^h **Fonctions—Exposé détaillé**

(2) Sans restreindre la portée générale de ce qui précède, le comité:

- ⁱ a) (i) détermine si des inspections régulières des lieux de travail ont été accomplies, comme l'exige l'article 8.08 du présent règlement; et
- (ii) détermine si on a fait enquête sur les accidents, comme l'exige l'article 6; et
- ^j (iii) recommande les mesures nécessaires pour assurer le respect du présent règlement et pour remédier à des conditions dangereuses; et

- (iv) where feasible, appoint at least one worker member and one employer member to participate in such inspections and investigations, and
- (b) determine that the structures, equipment, machinery, tools, methods of operation and work practices are in accordance with these regulations, and
- (c) consider recommendations from the work force in respect to industrial health and safety matters and shall recommend implementation where warranted, and
- (d) hold regular meetings at least once each month for the review of:
- (i) reports of current accidents or industrial diseases, their causes and means of prevention, and
- (ii) remedial action taken or required by the reports of investigations and inspections, and
- (iii) any other matters pertinent to industrial health and safety.
- (iv) dans la mesure du possible, nomme au moins un membre représentant les travailleurs et un membre représentant l'employeur pour participer à ces inspections et à ces enquêtes; et
- b) détermine si les structures, le matériel, la machinerie, les outils, les méthodes d'exploitation et les pratiques en matière de travail sont conformes au présent règlement; et
- c) étudie les recommandations faites par les travailleurs relativement aux questions touchant la santé et la sécurité du travail et recommande leur mise en œuvre lorsque cela est justifié; et
- d) se réunit régulièrement, c'est-à-dire au moins une fois par mois, pour examiner:
- (i) les rapports traitant de la situation actuelle en ce qui concerne les maladies professionnelles ou les accidents, des causes de ces maladies et accidents et des moyens de les prévenir; et
- (ii) les mesures correctrices prises ou requises par les rapports d'enquête et d'inspection; et
- (iii) toute autre question se rapportant à la santé et à la sécurité du travail.

Subsections (1) and (2) of s. 14.08 provide as follows:

Les paragraphes 14.08 (1) et (2) portent:
[TRADUCTION]

FOOTWEAR

CHAUSSURES

General requirements

14.08. (1) Substantial footwear, made of leather or other material appropriate to the protection required, shall be worn by workers in all industrial occupations.

Exigences générales

14.08. (1) Les travailleurs dans tous les emplois industriels doivent porter des chaussures robustes faites de cuir ou de tout autre matière propre à leur donner la protection requise.

Safety footwear

(2) Except as provided by clause (6), in any occupation where there is a hazard of injury to the toes, metatarsal area, or the soles of the feet, safety footwear shall be worn meeting the requirements of Canadian Standards Association Standard Z195 "Safety Footwear" or other standard acceptable to the Board.

Chaussures de sécurité

(2) Sous réserve du paragraphe (6), dans tout emploi comportant un danger de lésions aux orteils, au métatarse ou à la plante des pieds, on doit porter des chaussures de sécurité satisfaisant aux exigences de la norme Z195, «Chaussures de sécurité», établie par l'Association canadienne de normalisation ou à toute autre norme approuvée par la Commission.

The two orders contained in the inspection reports which gave rise to the case at bar were issued under the authority of these legislative and regulatory provisions.

Les deux ordres contenus dans les rapports d'inspection, qui sont à l'origine du présent litige, ont été donnés en vertu des dispositions législatives et réglementaires précitées.

VI—Characterization and Classification of the Impugned Provisions

VI—Qualification et classification des dispositions attaquées

I find it impossible to distinguish the provisions impugned in the case at bar from those of the

Je ne vois aucune différence entre les dispositions attaquées en l'espèce et celles de la *Loi*

Quebec Statute which are discussed in *Bell Canada* and *Canadian National*.

The reasons I gave in *Bell Canada* regarding the inapplicability of the *Quebec Statute* to federal undertakings dictate the same result in the case at bar. The impugned provisions of the *B.C. Statute* necessarily relate to the working conditions, labour relations and the management of the undertakings which are subject to the *B.C. Statute*. This being the case, the provisions cannot constitutionally apply to a federal undertaking. The similarities between the Quebec preventive scheme and the B.C. preventive scheme are striking, and among those similarities, the following are particularly noteworthy: the resemblance between the Industrial and Health Safety Committee in the case at bar and the Health and Safety Committees established pursuant to ss. 68 to 86 of the *Quebec Statute*; relating to safety footwear in the present case and ss. 51(11), 78(4) and 223(9) of the *Quebec Statute*, relating to individual protective devices and equipment; between s. 4.06 (2) (b) of Reg. 585/77 relating to structures, equipment, machinery, tools, methods of operation and work practices and s. 51(1), (3) and (7) of the *Quebec Statute*; between s. 71 (3) and (8) of the *B.C. Statute*, relating to inspection and investigation, insofar as they are connected with the prevention scheme of the *B.C. Statute*, and ss. 179 to 193 of the *Quebec Statute*, relating to inspection and discussed in the *Canadian National* case; and, importantly, between the B.C. Board's power to order an employer to close down all or part of the place of employment to prevent injuries, under s. 74 (1) of the *B.C. Statute*, and the corresponding power of the Quebec Commission's inspectors to order the shut-down of a work place under s. 186 of the *Quebec Statute*.

It is true that in the *B.C. Statute*, the preventive scheme is less comprehensive than the one established by the *Quebec Statute*, but it can be, and

québécoise dont il est question dans les arrêts *Bell Canada* et *Chemins de fer nationaux*.

Ce que j'ai dit dans l'arrêt *Bell Canada* concernant l'inapplicabilité de la *Loi québécoise* aux entreprises fédérales commande le même résultat dans la présente affaire. Les dispositions attaquées de la *Loi de la Colombie-Britannique* se rapportent nécessairement aux conditions et aux relations de travail dans les entreprises assujetties à cette loi ainsi qu'à la gestion de ces entreprises. Cela étant, ces dispositions ne sauraient constitutionnellement s'appliquer à une entreprise fédérale. Les ressemblances entre le régime préventif du Québec et celui de la Colombie-Britannique sont frappantes, particulièrement celles énumérées ci-après: la ressemblance entre le Comité de la santé et de la sécurité du travail dont il s'agit en l'espèce et les comités de santé et de sécurité constitués en vertu des art. 68 à 86 de la *Loi québécoise*; entre les par. 14.08 (1) et (2) du Reg. 585/77 relatifs aux chausures de sécurité, dont il est présentement question, et les par. 51(11), 78(4) et 223(9) de la *Loi québécoise*, concernant les moyens et le matériel de protection individuels; entre l'al. 4.06 (2) b) du Reg. 585/77, concernant les structures, le matériel, la machinerie, les outils, les méthodes d'exploitation et les pratiques en matière de travail, et les par. 51(1), (3) et (7) de la *Loi québécoise*; entre les par. 71 (3) et (8) de la *Loi de la Colombie-Britannique*, portant sur les inspections et les enquêtes, dans la mesure où ils sont liés au régime préventif établi par cette dernière loi, et les art. 179 à 193 de la *Loi québécoise*, qui traitent de l'inspection et qui ont été étudiés dans l'affaire *Chemins de fer nationaux*; et, ce qui est important, entre le pouvoir d'ordonner à un employeur de fermer complètement ou partiellement le lieu de travail afin de prévenir des lésions corporelles, que confère à la Commission de la Colombie-Britannique le par. 74 (1) de la loi de cette province, et le pouvoir correspondant d'ordonner la fermeture d'un lieu de travail, attribué aux inspecteurs de la Commission du Québec par l'art. 186 de la *Loi québécoise*.

Il est vrai que le régime préventif créé par la *Loi de la Colombie-Britannique* est moins élaboré que celui établi par la *Loi québécoise*, mais il peut dans

has been, in large measure completed and particularized by regulation. The difference between the two schemes is not a difference in kind but one in scope. It is true also that, unlike the Quebec prevention scheme, the prevention scheme of the *B.C. Statute* is found in the same Act as the compensation scheme. But for the reasons I gave in *Bell Canada*, I do not find this difference relevant. It is not only possible but indeed necessary to distinguish, from the point of view of constitutional law, between the characterization of the preventive scheme and that of the compensation scheme. Unlike the preventive regime, the compensation scheme does not relate to working conditions, labour relations or the management of an undertaking. Instead it represents a statutory regime of collective no-fault liability designed to replace a private law regime of individual liability founded upon fault. This differing characterization allows us to sever the compensation regime from the preventive regime, even when they are in the same statute, in order to properly focus on the rules which do and do not apply to federal undertakings.

I should add that s. 73 of the *B.C. Statute* is designed and drafted as a means to enforce the prevention scheme and that, in my view, it forms an integral part of the latter. It should accordingly be held inapplicable to federal undertakings together with the prevention scheme. It differs in this respect from s. 42 which is clearly part of the compensation scheme and is therefore applicable to federal undertakings, as was held by Bouck J. at p. 85.

VII—Conclusions

I would answer the constitutional question as follows:

The *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 437, insofar as it empowers the Workers' Compensation Board of British Columbia to regulate safety conditions, is inapplicable in respect of a federal undertaking.

une grande mesure être complété et étoffé par voie de règlement, ce qui s'est en fait produit. Les deux régimes diffèrent l'un de l'autre non pas sur le plan de leur nature mais seulement sur celui de leur portée. Il est aussi vrai que le régime préventif établi par la *Loi de la Colombie-Britannique*, à la différence de celui du Québec, se trouve dans la même loi que le régime d'indemnisation. Toutefois, pour les raisons que j'ai exposées dans l'arrêt *Bell Canada*, je ne crois pas que cette différence soit pertinente. Non seulement il est possible mais il est même nécessaire de distinguer, du point de vue du droit constitutionnel, la qualification du régime préventif et celle du régime d'indemnisation. Le régime d'indemnisation diffère du régime préventif en ce sens qu'il ne se rapporte ni aux conditions de travail ni aux relations du travail dans une entreprise ni à la gestion de celle-ci. Il constitue plutôt un régime législatif de responsabilité collective sans faute destiné à remplacer un régime de droit privé de responsabilité individuelle fondée sur la faute. Grâce à cette différence quant à leur qualification, nous pouvons séparer le régime d'indemnisation d'avec le régime préventif, même s'ils se retrouvent dans la même loi. Cela nous permet de bien nous concentrer sur la tâche de déterminer quelles règles s'appliquent et lesquelles ne s'appliquent pas aux entreprises fédérales.

J'ajouterais que l'art. 73 de la *Loi de la Colombie-Britannique* a été conçu et rédigé comme un moyen d'assurer l'application du régime préventif et que, selon moi, il fait partie intégrante de celui-ci. L'article 73 ainsi que le régime préventif doivent donc être jugés inapplicables aux entreprises fédérales. À cet égard, il diffère de l'art. 42 qui fait nettement partie du régime d'indemnisation et qui est donc applicable aux entreprises fédérales, comme l'a conclu le juge Bouck, à la p. 85.

VII—Conclusions

Je suis d'avis de donner à la question constitutionnelle la réponse suivante:

La *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 437, dans la mesure où elle confère à la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique le pouvoir de réglementer les conditions de sécurité, est inapplicable à une entreprise fédérale.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of British Columbia and restore the judgment of the Supreme Court of British Columbia.

The whole with costs throughout. However, there should be no order as to costs for or against the interveners.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent and the intervener the Attorney General of British Columbia: E. D. Bates, Richmond; The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Réal A. Forest and Alain Gingras, Ste-Foy.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

^a Les dépens sont adjugés dans toutes les cours. Il ne doit cependant pas y avoir d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

^b *Pourvoi accueilli avec dépens.*

Procureurs de l'appelante: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

^c *Procureurs de l'intimée et de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: E. D. Bates, Richmond; Le ministère du Procureur général, Victoria.*

^d *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Vancouver.*

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Réal A. Forest et Alain Gingras, Ste-Foy.

Murray Ross Holmes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. HOLMES

File No.: 17643.

1987: April 2; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Le Dain
and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Possession of house-breaking instruments — Whether accused bearing persuasive burden of establishing lawful excuse to justify his actions where intent to use the instruments for house-breaking purposes admitted — Whether s. 309(1) of the Criminal Code violated s. 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Possession of house-breaking instruments — Burden of proof — Presumption of innocence — Whether accused bearing persuasive burden of establishing lawful excuse to justify his actions where intent to use the instruments for house-breaking purposes admitted — Whether s. 309(1) of the Criminal Code violated s. 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Elements of offence — Burden of proof — Possession of house-breaking instruments — Whether accused's intent to use the instruments for house-breaking an essential element of the offence — Whether accused required to prove innocent intent on a balance of probabilities — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 309(1).

Appellant was charged with unlawful possession of house-breaking instruments contrary to s. 309(1) of the *Criminal Code*. This section provides that "Every one

Murray Ross Holmes *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

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

b

RÉPERTORIÉ: R. c. HOLMES

N° du greffe: 17643.

1987: 2 avril; 1988: 26 mai.

c

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest.

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons — L'accusé a-t-il le fardeau de persuasion pour démontrer l'existence d'une excuse légitime justifiant ses actes lorsque l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons est admise? — L'article 309(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

f

Droit criminel — Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons — Charge de la preuve — Présomption d'innocence — L'accusé a-t-il le fardeau de persuasion pour démontrer l'existence d'une excuse légitime justifiant ses actes lorsque l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons est admise? — L'article 309(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

h

Droit criminel — Éléments de l'infraction — Charge de la preuve — Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons — L'intention de l'accusé d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons constitue-t-elle un élément essentiel de l'infraction? — L'accusé est-il tenu de démontrer une intention innocente suivant la prépondérance des probabilités? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 309(1).

j

L'appellant a été accusé de possession illégale d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons en contravention du par. 309(1) du *Code criminel*. Ce

who, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument suitable for house-breaking . . . under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking . . . is guilty of an indictable offence . . .” Prior to entering a plea, appellant moved to quash the indictment. The judge granted the motion on the ground that s. 309(1) was inconsistent with the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On appeal, the Court of Appeal set aside the order quashing the indictment and directed that the indictment be prosecuted in the ordinary way. The Court held that s. 309(1) did not constitute a “reverse onus” clause and thus was not inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*. This appeal is to determine whether s. 309(1) of the *Code* violates s. 11(d) of the *Charter* and, if so, whether such violation is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McIntyre and Le Dain JJ.: Section 309(1) of the *Criminal Code* is not inconsistent with s. 11(d) of the *Charter* which guarantees the right to be presumed innocent unless proven guilty according to the law. The burden of proof under s. 309(1) must be discharged without the benefit of any presumption against the accused.

The words “reasonable inference” (of guilt) in s. 309(1) do not enable a finding of guilt on something less than proof beyond a reasonable doubt. These words employed in a criminal enactment can mean only an inference which on the basis of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt would warrant a conclusion of guilt in the absence of any answer or explanation. An inference of guilt is not reasonable in the criminal context unless it overrides a reasonable doubt.

The phrase “without lawful excuse, the proof of which lies upon him” in the context of s. 309(1) does not amount to a reverse onus clause which imposed a burden on the accused to prove his innocence. These words were included in the section in order to make available the defence of innocent purpose, which would not have been open to an accused without this phrase because, in the words of the section prior to 1972, the offence was complete without consideration of purpose. When the section was amended in 1972 to make the intention to use the instrument for house-breaking an essential element of the offence, the phrase was rendered super-

paragraphe prévoit: «Est coupable d'un acte criminel [. . .] quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons [. . .] dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons . . . » Avant d'enregistrer un plaidoyer, l'appelant a demandé l'annulation de l'acte d'accusation. Le juge du procès a fait droit à la requête pour le motif que le par. 309(1) est incompatible avec la présomption d'innocence et avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance qui a annulé l'acte d'accusation et a ordonné que la procédure par acte d'accusation suive son cours. Elle a conclu que le par. 309(1) ne constitue pas une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» et par conséquent qu'elle est compatible avec l'al. 11d) de la *Charte*. Le présent pourvoi vise à déterminer si le par. 309(1) du *Code* viole l'al. 11d) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si une telle violation est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges McIntyre et Le Dain: Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* n'est pas incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*, qui garantit le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable conformément à la loi. La preuve requise aux fins du par. 309(1) doit se faire sans le bénéfice d'une présomption à l'encontre de l'accusé.

L'expression «donnent raisonnablement lieu de conclure» (à la culpabilité) au par. 309(1) ne permet pas de fonder une déclaration de culpabilité sur une preuve moindre que la preuve hors de tout doute raisonnable. Employée dans une disposition criminelle, le seul sens possible de cette expression est une conclusion qui, selon la norme criminelle de la preuve hors de tout doute raisonnable, justifierait un verdict de culpabilité en l'absence d'une preuve contraire ou d'une explication. Dans le contexte criminel, une conclusion de culpabilité n'est pas raisonnable tant qu'il subsiste un doute raisonnable.

L'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe» ne constitue pas dans le contexte du par. 309(1) une clause qui porte inversion de la charge de la preuve et qui oblige l'accusé à prouver son innocence. Il s'agit d'une expression qui a été incluse dans l'article afin qu'on puisse se prévaloir du moyen de défense du but innocent qui, à défaut de cette clause, ne pourrait pas être invoqué par un accusé parce que, selon le texte de l'article en vigueur antérieurement à 1972, l'infraction était complète indépendamment du but visé. Quand l'article a été modifié en 1972 de manière à faire de l'intention de se servir de l'instrument pour s'introduire

fluus. The purpose for which the accused intended to use the tools was effectively converted from a defence which the accused had to prove to show his innocence, to an essential element of the offence which the Crown had to prove beyond a reasonable doubt to prove his guilt. As a result, the phrase was denuded of its original content and was probably retained in the section out of an abundance of caution.

The general common law excuses, such as duress or authorization by law, are not encompassed within the phrase "without lawful excuse" and need not be proved on a balance of probabilities. These words do not encompass excuses or justifications that would exist if the words were omitted from the *Code*. In any event, even if s. 309(1) would require the accused to establish such defences on a balance of probabilities, this requirement would not offend s. 11(d) of the *Charter*. Defences or excuses of this nature can only be raised where the offence has been proved. Where, as in this case, proof of guilt beyond a reasonable doubt is required without the benefit of any presumption before any need for defence arises, s. 11(d) of the *Charter* is not offended.

Per La Forest J.: I am in agreement with the interpretation given s. 309(1) of the *Code* by McIntyre J. So interpreted, the section does not conflict with s. 11(d) of the *Charter*.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: The intention to use the instruments for house-breaking purposes is an essential component of the offence under s. 309(1) of the *Code*. The Crown must prove not only possession of the instruments specified in the indictment and that they were suitable for house-breaking purposes beyond a reasonable doubt, but also "circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking". Such an inference, in the context of a criminal charge, can only be reasonable where the jury is convinced beyond a reasonable doubt that the accused actually intended to or did use the instruments for the purpose of house-breaking. The section therefore does not place a persuasive burden on the accused to establish a lack of intention to use the instruments for house-breaking purposes. Any burden on the accused with respect to such a defence is purely an evidential one. But the opening words of s. 309(1)—namely, "without lawful excuse, the proof of which lies upon him"—place a persuasive burden on the accused to establish on a balance of probabilities an excuse in circumstances

par effraction dans une maison un élément essentiel de l'infraction, l'expression en question est devenue superflue. D'un moyen de défense que l'accusé devait prouver pour démontrer son innocence, l'usage qu'il entendait faire des instruments a été transformé en élément essentiel de l'infraction, élément que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable afin d'établir la culpabilité de l'accusé. L'expression a donc été vidée de son sens primitif et, si elle a été conservée dans l'article, c'est probablement par précaution.

Les excuses générales de *common law*, telles que la contrainte ou l'autorisation de la loi, échappent à la portée de l'expression «sans excuse légitime» et n'ont pas à être prouvées selon la prépondérance des probabilités. Cette expression ne comprend pas les excuses ou les justifications qui existeraient si elle était omise du *Code*. En tout état de cause, même si le par. 309(1) exigeait que l'accusé établisse un tel moyen de défense selon la prépondérance des probabilités, cela n'irait pas à l'encontre de l'al. 11d) de la *Charte*. Ce type de moyens de défense ou d'excuses ne peuvent être invoqués que dans une situation où l'infraction a été prouvée. Lorsque, comme en l'espèce, la culpabilité doit être prouvée hors de tout doute raisonnable sans le bénéfice d'une présomption avant de soulever un moyen de défense, il n'y a pas de violation de l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge La Forest: Je suis d'accord avec l'interprétation que le juge McIntyre a donné au par. 309(1) du *Code*. Vu cette interprétation, l'article n'entre pas en conflit avec l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: L'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons constitue un élément essentiel de l'infraction aux termes du par. 309(1) du *Code*. Le ministère public doit non seulement démontrer la possession des instruments précisés dans l'acte d'accusation et la possibilité, hors de tout doute raisonnable, qu'ils puissent servir aux effractions de maisons, mais également les «circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons». Une telle conclusion, dans le contexte d'une accusation criminelle, peut seulement être raisonnable lorsque le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a réellement eu l'intention d'utiliser ou a effectivement utilisé les instruments à des fins d'effractions de maisons. Par conséquent, le paragraphe n'impose pas à l'accusé un fardeau de persuasion pour établir qu'il n'avait pas l'intention d'utiliser les instruments à ces fins. Tout fardeau qui incombe à l'accusé vis-à-vis d'un tel moyen de défense est purement un fardeau de présentation. Toutefois, l'expression utilisée au par. 309(1),

where he admits an intention to use the instruments for house-breaking purposes but claims a justification for his actions, such as duress or authorization by law.

Section 309(1) of the *Code* violates s. 11(d) of the *Charter*. Although, strictly speaking, s. 309(1) is not a "reverse onus" provision, in that it does not presume an essential element of the offence, the provision, by requiring proof by the accused of certain defences on a balance of probabilities, makes it possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. Any burden on an accused which has the effect of dictating a conviction despite the presence of a reasonable doubt contravenes s. 11(d).

Section 309(1) of the *Code* is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The section does not meet the proportionality test enunciated in *Oakes*. First, section 309(1) does not impair "as little as possible" the right or freedom guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Given the circumstances surrounding this kind of offence and the objective of curbing property-related crimes, Parliament could have imposed simply an evidential burden on the accused to introduce some evidence raising a reasonable doubt as to his guilt. Second, the effects which result from imposing a persuasive burden on the accused in connection with a criminal offence making unlawful the possession of even the most innocuous of tools are too deleterious. Section 309(1) leaves open the possibility that innocent persons will be jailed.

Finally, the fact that s. 309(1) of the *Code* is not justifiable under s. 1 of the *Charter* does not necessarily lead to the conclusion that the whole of s. 309(1) is void. The excision of the words "the proof of which lies upon him" from the provision would eliminate the possibility of the conviction of an accused who had a lawful excuse for his actions but could not prove that excuse on a balance of probabilities.

Cases Cited

By McIntyre J.

Referred to: *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

savoir «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe», impose à l'accusé un fardeau de persuasion l'obligeant à démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'une excuse lorsqu'il admet l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons, mais invoque une justification pour ses actes, telle la contrainte ou l'autorisation de la loi.

Le paragraphe 309(1) du *Code* viole l'al. 11d) de la *Charte*. Toutefois, strictement parlant, ce paragraphe ne constitue pas une «inversion de la charge de la preuve» car il ne présume pas un élément essentiel de l'infraction; toutefois, comme il exige que l'accusé prouve certaines défenses suivant la prépondérance des probabilités, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Tout fardeau incombant à un accusé qui a pour effet d'imposer une déclaration de culpabilité malgré la présence d'un doute raisonnable enfreint l'al. 11d).

Le paragraphe 309(1) du *Code* ne peut être justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*. Le paragraphe ne satisfait pas au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Premièrement, le par. 309(1) ne porte pas atteinte «le moins possible» au droit ou à la liberté que garantit l'al. 11d) de la *Charte*. Compte tenu des circonstances entourant ce genre d'infraction et de l'objectif de la répression des crimes contre les biens, le législateur aurait pu imposer simplement à l'accusé un fardeau de présentation d'éléments de preuve soulevant un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Deuxièmement, les effets qui résultent de l'imposition à l'accusé du fardeau de persuasion relativement à une infraction criminelle rendant illégale la possession de l'outil le plus inoffensif est trop néfaste. Le paragraphe 309(1) rend possible l'emprisonnement de personnes innocentes.

Finalement, le fait que le par. 309(1) du *Code* ne peut être justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* n'entraîne pas nécessairement la nullité de l'ensemble de ce paragraphe. La suppression des termes «dont la preuve lui incombe» de la disposition éliminerait la possibilité de condamner un accusé qui a une excuse légitime pour ses actes, mais qui ne peut la prouver suivant la prépondérance des probabilités.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175; *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

By Dickson C.J.

Considered: *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589; **referred to:** *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175; *R. v. Smith* (1957), 27 C.R. 359; *R. v. Haire* (1958), 29 C.R. 233; *R. v. McRae* (1967), 50 C.R. 325; *R. v. Gilson*, [1965] 2 O.R. 505; *R. v. Kernychne*, Ont. C.A., March 17, 1965, unreported; *R. v. Singleton* (1956), 115 C.C.C. 391; *R. v. Jones* (1960), 128 C.C.C. 230; *R. v. Patterson* (1961), 46 Cr. App. R. 106; *Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 385; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 295.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7(3), 17 [am. 1974-75-76, c. 105, s. 29], 241(1), 309(1) [rep. & subs. 1972, c. 13, s. 25], 577(3).
Criminal Law Amendment Act, S.C. 1985, c. 19, s. 49.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Criminal Intrusion* f (Working Paper No. 48). Ottawa: 1986.
 Canada. Statistics Canada, Canadian Centre for Justice Statistics. *Canadian Crime Statistics 1985*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
 Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 41 O.R. (2d) 250, 145 D.L.R. (3d) 689, 4 C.C.C. (3d) 440, 4 C.C.R. 222, 32 C.R. (3d) 322, allowing an appeal from a judgment of Clements Co. Ct. J. (1982), 38 O.R. (2d) 290, 138 D.L.R. (3d) 657, 69 C.C.C. (2d) 122, 2 C.R.R. 275, quashing an indictment charging the accused with possession of instruments suitable for house-breaking. Appeal dismissed.

C. Jane Arnup, for the appellant.

John Pearson, for the respondent.

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt examiné: *Tupper v. The Queen*, [1967] R.C.S. 589; **arrêts mentionnés:** *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175; *R. v. Smith* (1957), 27 C.R. 359; *R. v. Haire* (1958), 29 C.R. 233; *R. v. McRae* (1967), 50 C.R. 325; *R. v. Gilson*, [1965] 2 O.R. 505; *R. v. Kernychne*, C.A. Ont., 17 mars 1965, inédit; *R. v. Singleton* (1956), 115 C.C.C. 391; *R. v. Jones* (1960), 128 C.C.C. 230; *R. v. Patterson* (1961), 46 Cr. App. R. 106; *Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(d).
Code criminel, S.C. 1953-1954, chap. 51, art. 295.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3), 17 [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 29], 241(1), 309(1) [abr. & rempl. 1972, chap. 13, art. 25], 577(3).
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 49.

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *L'intrusion criminelle* (Document de travail n° 48). Ottawa: 1986.
 Canada. Statistiques Canada, Centre canadien de la statistique juridique. *Statistique de la criminalité du Canada, 1985*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1986.
 Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 41 O.R. (2d) 250, 145 D.L.R. (3d) 689, 4 C.C.C. (3d) 440, 4 C.C.R. 222, 32 C.R. (3d) 322, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Clements de la Cour de comté (1982), 38 O.R. (2d) 290, 138 D.L.R. (3d) 657, 69 C.C.C. (2d) 122, 2 C.R.R. 275, qui avait annulé l'acte d'accusation inculpant l'accusé de possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maison. Pourvoi rejeté.

C. Jane Arnup, pour l'appellant.

John Pearson, pour l'intimée.

G. H. McCracken, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Paul Monty and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

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

THE CHIEF JUSTICE—The appellant, Murray Ross Holmes, was charged with unlawful possession of house-breaking instruments. Section 309(1) of the *Criminal Code* provides that a person who, without lawful excuse, is found in possession of an instrument suitable for house-breaking, in circumstances which give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking, is guilty of an indictable offence. This appeal concerns the constitutionality of s. 309(1). The appellant Mr. Holmes argues that s. 309(1) violates the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown submits that s. 309(1) at no time requires an accused to disprove guilt in a manner which violates s. 11(d) of the *Charter*.

I

Statutory and Constitutional Provisions

Before reviewing the factual and procedural history of this appeal, I will set out the relevant statutory and constitutional provisions.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as amended by S.C. 1972, c. 13, s. 25):

309.(1) Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument suitable for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

G. H. McCracken, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Paul Monty et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

LE JUGE EN CHEF—L'appelant, Murray Ross Holmes, a été accusé de possession illégale d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons. Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* prévoit que quiconque, sans excuse légitime, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé dans un tel but, est coupable d'un acte criminel. Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité du par. 309(1). L'appelant, M. Holmes, soutient que le par. 309(1) porte atteinte à la présomption d'innocence enchâssée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public soutient que le par. 309(1) n'exige nullement que l'accusé démontre son innocence d'une manière qui enfreigne l'al. 11d) de la *Charte*.

I

Dispositions législatives et constitutionnelles

Avant d'examiner les faits et la procédure relatifs au présent pourvoi, il convient de citer les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes.

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié par S.C. 1972, chap. 13, art. 25):

309.(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé pour servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts.

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.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

II

Facts

As stated, Murray Ross Holmes was charged that he unlawfully had in his possession instruments suitable for house-breaking to wit: a pair of vice grips and a pair of pliers under circumstances that gave rise to a reasonable inference that the said instruments were intended to be used for house-breaking, contrary to s. 309(1) of the *Criminal Code*. Prior to entering a plea, counsel for Holmes moved to quash the indictment. Clements Co. Ct. J. granted the motion: (1982), 38 O.R. (2d) 290.

On appeal, the Ontario Court of Appeal set aside the order of Clements Co. Ct. J., and directed that the indictment be prosecuted in the ordinary way: (1983), 41 O.R. (2d) 250.

III

Judgments

Clements Co. Ct. J. quashed the indictment on the ground that s. 309(1) of the *Code* was inconsistent with the presumption of innocence and s. 11(d) of the *Charter*. In his view, because it requires the Crown only to prove circumstances which give rise to "a" reasonable inference of guilty intent, s. 309(1) of the *Code* places an onus on the accused to adduce evidence of an alternative, and equally compelling, reasonable inference of innocent intent; that runs counter to the pre-

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.

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

II

Les faits

Comme je l'ai mentionné, Murray Ross Holmes a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession des instruments pouvant servir aux effractions, c'est-à-dire, une pince-étau et une pince, dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que ces instruments étaient destinés à être utilisés pour servir aux effractions de maisons, en contravention du par. 309(1) du *Code criminel*. Avant d'enregistrer un plaidoyer, l'avocat de Holmes a demandé l'annulation de l'acte d'accusation. Le juge Clements de la Cour de comté a fait droit à la requête: (1982), 38 O.R. (2d) 290.

En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé l'ordonnance du juge Clements et a ordonné que la procédure sur acte d'accusation suive son cours ordinaire: (1983), 41 O.R. (2d) 250.

III

Jugements

Le juge Clements a annulé l'acte d'accusation pour le motif que le par. 309(1) du *Code* était incompatible avec la présomption d'innocence et avec l'al. 11d) de la *Charte*. À son avis, parce qu'il oblige seulement le ministère public à démontrer des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure qu'il y a «une» intention coupable, le par. 309(1) du *Code* impose à l'accusé le fardeau de démontrer d'autres circonstances également irrésistibles qui donnent raisonnablement lieu

somption of innocence entrenched in s. 11(d) of the *Charter*.

In a unanimous judgment, Lacourcière J.A. (Weatherston and Cory J.J.A. concurring), of the Ontario Court of Appeal held that s. 309(1) does not constitute a "reverse onus" clause and thus is not inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*. In interpreting s. 309(1), he relied on the following statement by Martin J.A. in *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175 (Ont. C.A.), at pp. 179-80:

As will be gathered from what I have already said, it was incumbent upon the Crown to prove: (a) possession by the accused of the instruments specified in the indictment; (b) that they were suitable for the purpose of housebreaking, safe-breaking or vault-breaking; (c) that such instruments were found under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instruments were intended to be used for housebreaking, safe-breaking or vault-breaking. It was only after those elements were proved that the accused were required to discharge the burden of proving a lawful excuse for the possession of such instruments on a balance of probabilities: see *Tupper v. The Queen*, [1967] 1 C.C.C. 253, 63 D.L.R. (2d) 289, [1967] S.C.R. 589.

As for the reference in s. 309(1) to "without lawful excuse, the proof of which lies upon him", Lacourcière J.A. stated the following (at p. 258):

The burden of adducing evidence of lawful excuse is not meant to apply to any of the inside requirements if I may extend the expression of Chief Justice Laskin [in *Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 385, at p. 388], *i.e.*, the three essential ingredients previously mentioned, but only to an extraneous excuse such as "I was insane", "I was under compulsion by threats", "I was drunk", "I was under automatism", etc. These are clearly extraneous excuses. On the other hand, if the explanation is "I am a plumber" or a tradesman who uses tools suitable for house-breaking, the excuse may not have the same extraneous quality. It is nevertheless an excuse within the meaning of the section which requires proof by a preponderance of evidence. The reason for this is that it is based on the admission that although circumstances existed that, even if objectively viewed, gave rise to the requisite reasonable inference, such inference

de conclure à un dessein innocent; cette démarche est contraire à la présomption d'innocence enchaînée à l'al. 11d) de la *Charte*.

Dans un arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Lacourcière (au motif duquel les juges Weatherston et Cory ont souscrit) a conclu que le par. 309(1) n'effectue pas d'inversion de la charge de la preuve et par conséquent est compatible avec l'al. 11d) de la *Charte*. En interprétant le par. 309(1), il s'est fondé sur la déclaration suivante du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175 (C.A. Ont.), aux pp. 179 et 180:

[TRADUCTION] Comme il ressort de ce que j'ai déjà dit, il incombait au ministère public de démontrer: a) la possession par l'accusé des instruments précisés dans l'acte d'accusation; b) qu'ils pouvaient servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts; c) que ces instruments ont été trouvés dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure qu'ils étaient destinés à être utilisés dans un tel but. Ce n'est qu'après que ces éléments ont été démontrés qu'il incombait à l'accusé de démontrer l'existence d'une excuse légitime pour la possession de ces instruments suivant la prépondérance des probabilités: voir *Tupper v. The Queen*, [1967] 1 C.C.C. 253, 63 D.L.R. (2d) 289, [1967] R.C.S. 589.

En ce qui a trait à la mention dans le par. 309(1) de l'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe», voici ce qu'a dit le juge Lacourcière (à la p. 258):

[TRADUCTION] Le fardeau de démontrer l'existence d'une excuse légitime n'est pas destiné à s'appliquer aux exigences internes si je peux élargir l'expression du juge en chef Laskin [dans l'arrêt *Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385, à la p. 388], *c.-à-d.* les trois éléments essentiels mentionnés précédemment, mais seulement à une excuse extrinsèque telle que «je n'étais pas sain d'esprit», «j'ai agi sous la menace», «j'étais en état d'ébriété», «j'ai agi par automatisme», etc. Ce sont clairement des excuses extrinsèques. Par ailleurs, si l'explication est la suivante: «je suis plombier» ou artisan et j'utilise des outils pouvant servir à pénétrer par effraction dans une maison, il est possible que l'excuse n'ait pas la même qualité extrinsèque. Il s'agit néanmoins d'une excuse au sens de l'article qui exige une preuve par prépondérance de preuve. Cette situation s'explique parce qu'elle est fondée sur la reconnaissance que, bien qu'il y ait des circonstances qui, même considérées de manière objective, donnaient lieu à la conclusion raison-

ought not in fact to be drawn in the circumstances because of the explanation.

Lacourcière J.A. concluded by stating (at p. 256):

Section 309(1) does not raise any presumption or create any reverse onus in the true sense. The Crown must establish the three mentioned essential ingredients by proof beyond a reasonable doubt. Only then can the evidentiary onus be shifted to the accused to provide, on a balance of probabilities, a lawful excuse. The section does not require that the Crown prove an intent to use the instruments for house-breaking. If, however, the third requirement of circumstances, etc., is said to create a presumption of house-breaking intent, I would be prepared to say that such intent is rationally connected to the facts required to be proved and meets the test enunciated in *R. v. Oakes* [(1983), 145 D.L.R. (3d) 123 (Ont. C.A.)].

Seeing the quashing of the indictment as tantamount to an acquittal based on an error of law, Lacourcière J.A. allowed the appeal, set aside the order of Clements Co. Ct. J. and directed that the prosecution of the indictment continue.

IV

The Issues

The constitutional questions in this appeal were stated as follows:

1. Is section 309(1) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is s. 309(1) of the *Criminal Code* of Canada justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The Attorneys General of Canada, Quebec and Saskatchewan intervened in the appeal in support of the Crown respondent.

The above questions call for three separate lines of inquiry. First, meaning must be given to s. 309(1) of the *Criminal Code*. This Court must give precise content to the provision in light of its

unable requisite, on ne devrait pas, en fait, tirer une telle conclusion dans les circonstances à cause de l'explication.

^a Le juge Lacourcière a conclu en disant (à la p. 256):

[TRADUCTION] Le paragraphe 309(1) ne soulève pas de présomption ni ne crée d'inversion de la charge de la preuve dans un sens véritable. Le ministère public doit démontrer hors de tout doute raisonnable les trois éléments essentiels mentionnés. C'est seulement à ce moment que la charge de la preuve peut être imposée à l'accusé qui doit fournir une excuse légitime suivant la prépondérance des probabilités. Le paragraphe n'exige pas que le ministère public démontre l'intention d'utiliser les instruments aux fins d'effractions de maisons. Toutefois, si on dit que la troisième exigence des circonstances, etc., crée une présomption à l'égard de l'intention de commettre une effraction, je serais prêt à dire qu'une telle intention est rationnellement liée aux faits qui doivent être démontrés et satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. v. Oakes* [(1983), 145 D.L.R. (3d) 123 (C.A. Ont.)]

^d Considérant que l'annulation de l'acte d'accusation équivalait à un acquittement fondé sur une erreur de droit, le juge Lacourcière a accueilli l'appel, annulé l'ordonnance du juge Clements et ordonné la poursuite des procédures par acte d'accusation.

f

IV

Les questions en litige

^g Les questions constitutionnelles posées dans le présent pourvoi ont été énoncées de la manière suivante:

1. Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, le par. 309(1) du *Code criminel* du Canada est-il justifié compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

ⁱ Les procureurs généraux du Canada, du Québec et de la Saskatchewan sont intervenus dans le pourvoi à l'appui du ministère public intimé.

^j Pour répondre à ces questions, il faut les examiner sous trois angles. Premièrement, il faut définir le sens du par. 309(1) du *Code criminel*. Cette Cour doit donner un contenu précis à la disposition

legislative and jurisprudential history. A host of conflicting interpretations has been offered by the parties and interveners to this appeal. Secondly, the implications of s. 11(d) of the *Charter* in relation to the provision on its true construction must be addressed. Thirdly, assuming the answer to the first constitutional question to be in the affirmative, the effect of s. 1 of the *Charter* must be analyzed.

V

Section 309(1) of the *Criminal Code*

Counsel for the appellant submits that s. 309(1) is a “reverse onus” provision and contravenes s. 11(d) of the *Charter*. She argues that s. 309(1) permits the Crown to rely on evidence equally consistent with a reasonable and innocent explanation, because the section requires the Crown to prove only that one inference is that the accused intended to use the instruments for burglary purposes. This appears to follow *Clements Co. Ct. J.*’s line of reasoning and arguably leads to the conclusion that the section has the effect of lowering the standard of proof required of the Crown below that of a reasonable doubt, since evidence consistent with both guilty intent and innocent intent would not constitute proof beyond reasonable doubt. With respect to the phrase “without lawful excuse”, counsel for the appellant submits that it reinforces the conclusion that the accused bears the burden of proving innocent intent on a balance of probabilities.

The respondent Crown’s primary submission is that s. 309(1) does not create a reverse onus at all. In its view, a reverse onus exists when an accused is required to disprove on a balance of probabilities the existence of an essential element of an offence. In its supplementary factum, it submits that the purpose or intention of the accused in possessing the instruments in question is not an essential element of the offence. Adopting the submissions of the Attorney General of Quebec on this point, the Crown argues that s. 309(1) does not require

compte tenu de son histoire législative et jurisprudentielle. Les parties et les intervenants ont présenté tout un éventail d’interprétations contradictoires. Deuxièmement, il faut examiner les effets de l’al. 11d) de la *Charte* sur la disposition compte tenu de son interprétation véritable. Troisièmement, si l’on présume que la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, il faudra alors analyser l’effet de l’article premier de la *Charte*.

V

Le paragraphe 309(1) du *Code criminel*

L’avocate de l’appelant soutient que le par. 309(1) entraîne une «inversion de la charge de la preuve» et enfreint l’al. 11d) de la *Charte*. Elle soutient que le par. 309(1) permet au ministère public de se fonder sur des éléments de preuve qui sont également compatibles avec une explication raisonnable et innocente, parce qu’il suffit, selon l’article, que le ministère public démontre qu’une conclusion est que l’accusé avait l’intention d’utiliser les instruments pour cambrioler. Cela paraît suivre le raisonnement du juge *Clements* et pourrait mener à la conclusion que l’article a pour effet de réduire la norme de preuve exigée du ministère public en deçà de celle du doute raisonnable parce que les éléments de preuve compatibles à la fois avec l’intention coupable et l’intention innocente ne constitueraient pas une preuve hors de tout doute raisonnable. Pour ce qui est de l’expression «sans excuse légitime», l’avocate de l’appelant soutient que celle-ci raffermit la conclusion selon laquelle il incombe à l’accusé de démontrer une intention innocente suivant la prépondérance des probabilités.

Le principal argument du ministère public intimé porte que le par. 309(1) ne crée absolument pas d’inversion de la charge de la preuve. À son avis, une telle inversion existe lorsque l’accusé est tenu de réfuter suivant la prépondérance des probabilités l’existence d’un élément essentiel d’une infraction. Dans son mémoire supplémentaire, il soutient que le but ou l’intention de l’accusé en ce qui a trait à la possession des instruments en question ne constitue pas un élément essentiel de l’infraction. En faisant sien les arguments du pro-

an accused to disprove any of the three essential elements of the offence as outlined by Martin J.A. in *R. v. Kozak and Moore, supra*, on a balance of probabilities. As such, s. 309(1) does not constitute a reverse onus clause. In the alternative, the Crown submits that if the intention of an accused is an essential element of the offence, any burden placed on the accused merely is an evidential one. That is, s. 309(1)'s reference to "a reasonable inference" simply describes "the general process by which an inference of intent is to be drawn"; the question is essentially the same as in all criminal offences: did the accused actually have the intent to use the instruments for house-breaking? The burden of proving intent, in this alternative submission, remains on the Crown throughout the trial. With respect to the phrase "without lawful excuse", the Crown submits that it is an anachronism carried forward to the present from early English legislation. It submits that the clause may be superfluous as it creates no defence that is not already available. The interveners, the Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Saskatchewan, make similar submissions.

After careful consideration, I am of the view that intention is an essential element of the offence and that the section does not require an accused to disprove guilty intent on a balance of probabilities. The burden of proving intention to use the instrument for house-breaking rests on the Crown. The reference to "circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument . . . was intended to be used for house-breaking" permits, but does not require, the jury to draw an inference of guilty intent from suspicious circumstances. If the jury is convinced beyond a reasonable doubt that the accused actually intended to engage in an unlawful act, that inference ought to be drawn. On the other hand, I am also of the view that the opening words of s. 309(1), namely, "without lawful excuse, the proof of which lies upon him",

cureur général du Québec à cet égard, le ministère public soutient que le par. 309(1) n'exige pas que l'accusé réfute suivant la prépondérance des probabilités l'un des trois éléments essentiels de l'infraction énumérés par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Kozak and Moore*, précité. Comme tel, le par. 309(1) n'effectue pas une inversion de la charge de la preuve. Subsidiairement, le ministère public soutient que si l'intention d'un accusé constitue un élément essentiel de l'infraction, le fardeau qui lui incomberait est simplement la charge de présentation. Ainsi, l'utilisation de l'expression «raisonnablement lieu de conclure» au par. 309(1) décrit simplement [TRADUCTION] «le processus général en vertu duquel il faut déduire l'intention»; la question est essentiellement la même que dans toutes les infractions criminelles: l'accusé avait-il réellement l'intention de se servir des instruments à des fins d'effractions de maisons? Le fardeau de démontrer l'intention, selon cet argument subsidiaire, incombe au ministère public pendant tout le procès. Pour ce qui est de l'expression «sans excuse légitime», le ministère public soutient qu'il s'agit d'un anachronisme ayant pour origine une ancienne disposition législative anglaise. Il soutient que la disposition est peut-être superflue car elle ne crée aucun moyen de défense qui n'existe pas déjà. Les intervenants, le procureur général du Canada, le procureur général du Québec et le procureur général de la Saskatchewan, ont présenté des arguments semblables.

Après un examen soigneux de la question, j'arrive à la conclusion que l'intention est un élément essentiel de l'infraction et que l'article n'exige pas qu'un accusé réfute l'intention coupable suivant la prépondérance des probabilités. Il incombe au ministère public de démontrer l'intention d'utiliser l'instrument à des fins d'effractions de maisons. La mention des «circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument [. . .] a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons» permet, mais sans l'exiger, au jury de déduire l'intention coupable de circonstances louches. Si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a réellement eu l'intention de perpétrer un acte illégal, il doit arriver à cette conclusion. Par ailleurs, je suis également d'avis que l'expression utilisée au par.

place a persuasive burden on the accused to establish on a balance of probabilities an excuse in circumstances where he or she seeks to justify his or her actions despite an intention to use an instrument for house-breaking purposes. Such would be the case where an accused seeks an acquittal due to duress or authorization by law. I reach this conclusion in light of this Court's reasoning in *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589, and s. 309(1)'s legislative history.

In *Tupper v. The Queen*, this Court had occasion to address s. 295(1) of the *Code*, the predecessor of s. 309(1). Section 295(1) provided the following:

295.(1) Every one who without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

The facts in *Tupper* were that early one morning police stopped a car in which Tupper was a passenger. Various screwdrivers, a flashlight, a crowbar, two nylon stockings and numerous items of clothing were found in the vehicle. Upon appeal to this Court, Tupper submitted that the Crown must prove some event, overt action or declaration to identify the tools with a specific unlawful purpose before the onus is cast on the accused to provide an explanation. Tupper relied on the following line of jurisprudence: *R. v. Smith* (1957), 27 C.R. 359 (Nfld. C.A.); *R. v. Haire* (1958), 29 C.R. 233 (Alta. C.A.); and *R. v. McRae* (1967), 50 C.R. 325 (Sask. C.A.) A conflicting line of authority was reflected in such cases as *R. v. Gilson*, [1965] 2 O.R. 505 (C.A.); *R. v. Kernychne*, Ont. C.A., March 17, 1965, unreported; *R. v. Singleton* (1956), 115 C.C.C. 391 (Ont. C.A.); *R. v. Jones* (1960), 128 C.C.C. 230 (B.C.C.A.)

Judson J., for the majority of the Court in *Tupper*, dismissed the appellant's argument and, at p. 593, stated the following:

309(1), savoir «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe», impose à l'accusé un fardeau de persuasion l'obligeant à démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'une excuse lorsqu'il cherche à justifier ses actes malgré son intention de se servir d'un instrument aux fins d'effractions de maisons. Ce serait le cas lorsqu'un accusé cherche à obtenir un acquittement en raison d'une contrainte ou d'une autorisation de la loi. J'arrive à cette conclusion compte tenu du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Tupper v. The Queen*, [1967] R.C.S. 589, et de l'histoire législative du par. 309(1).

Dans l'arrêt *Tupper v. The Queen*, cette Cour a eu l'occasion d'examiner le par. 295(1) du *Code*, le prédécesseur du par. 309(1) dont voici le texte:

295.(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts.

Les faits dans l'arrêt *Tupper* étaient les suivants: tôt un matin, un policier a arrêté une voiture dans laquelle Tupper était un passager. Il s'y trouvait divers tournevis, une lampe de poche, un pied-de-biche, deux bas de nylon et de nombreux vêtements. Au pourvoi devant cette Cour, Tupper a soutenu que le ministère public devait d'abord démontrer un événement, une action déclarée ou une déclaration pour identifier les outils avec un but illégal précis avant qu'il n'incombe à l'accusé de fournir une explication. Tupper s'était fondé sur le courant jurisprudentiel suivant: *R. v. Smith* (1957), 27 C.R. 359 (C.A.T.-N.), *R. v. Haire* (1958), 29 C.R. 233 (C.A. Alb.), et *R. v. McRae* (1967), 50 C.R. 325 (C.A. Sask.) Certains autres arrêts représentaient un courant jurisprudentiel contraire: *R. v. Gilson*, [1965] 2 O.R. 505 (C.A.); *R. v. Kernychne*, C.A. Ont., 17 mars 1965, inédit; *R. v. Singleton* (1956), 115 C.C.C. 391 (C.A. Ont.), *R. v. Jones* (1960), 128 C.C.C. 230 (C.A.C.-B.)

Le juge Judson, au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Tupper*, a rejeté l'argument de l'appellant et, à la p. 593, a dit:

Once possession of an instrument capable of being used for housebreaking has been shown, the burden shifts to the accused to show on a balance of probabilities that there was lawful excuse for possession of the instrument at the time and place in question.

Hall J. wrote a separate judgment concurring in the result, but expressed concern over the breadth of the prohibition. At page 594, he stated:

Whether Parliament intended it or not, s. 295(1), as it reads, permits of no other interpretation. It puts the possessor of many necessary tools of trade, automobile accessories and tools and hundreds of similar instruments used and carried daily for routine purposes which might be capable of being used for house-breaking in the position that merely from being in possession under the most innocent circumstances, he can be brought into court and put to the proof that he has a lawful excuse for having a screwdriver, a flashlight or some other such household tool or instrument in his car, boat, tool kit or on his person at any given time or place which includes his home. It can be argued and readily accepted that this may not happen frequently, but it can and may happen if Parliament really intended what the section says when, without any qualification as to time or circumstance, it put the burden of proof on the person in whose possession any such item may be found.

The interpretation which the wording of the section compels should, I think, be drawn to Parliament's attention.

Tupper, then, stands for the proposition that the provision, as it was then worded, did not require the Crown to prove beyond reasonable doubt that the accused actually intended to use the instruments for house-breaking purposes. All it needed to show was possession of an instrument capable of being used for house-breaking; once that was shown, the onus fell upon the accused to persuade the jury that he or she had a lawful excuse for possessing the instrument in question. *Tupper* has since been affirmed by this Court in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, and the same conclusion has been reached with respect to similar legislation in

[TRADUCTION] Une fois démontrée la possession d'un instrument pouvant servir aux effractions, le fardeau de la preuve retombe sur le prévenu qui doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait une excuse légitime d'avoir l'instrument en sa possession au moment et à l'endroit en question.

Le juge Hall a rédigé des motifs distincts concordants quant au résultat, mais a exprimé des inquiétudes à l'égard de la portée de l'interdiction. À la page 594 il a dit:

[TRADUCTION] Que le législateur ait eu l'intention de le faire ou non, le texte du par. 295(1) ne permet pas d'autre interprétation. Il place la personne qui possède de nombreux outils de travail, des accessoires et des outils relatifs à l'automobile et des centaines d'instruments semblables utilisés et transportés chaque jour à des fins ordinaires qui seraient susceptibles d'être utilisés à des fins d'effractions de maisons, dans la situation où le simple fait d'en être en possession dans les circonstances les plus innocentes, peut faire en sorte que cette personne soit poursuivie. En outre elle peut être tenue de démontrer qu'elle a une excuse légitime pour avoir un tournevis, une lampe de poche ou tout autre outil ou instrument à usage domestique dans sa voiture, son bateau, sa trousse à outils ou sur elle-même à un moment ou à un endroit donné, y compris sa maison. On peut soutenir et admettre facilement que cette situation ne se présentera pas fréquemment, mais elle peut se présenter si le législateur voulait vraiment ce que prévoit l'article lorsque, sans préciser le moment ou les circonstances, il impose la charge de la preuve à la personne qui est en possession des objets qui peuvent être trouvés.

À mon avis, il convient d'attirer l'attention du législateur sur l'interprétation qui découle du texte de l'article.

L'arrêt *Tupper* appuie donc l'argument selon lequel la disposition, dans sa formulation d'alors, n'exigeait pas que le ministère public démontre hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait réellement eu l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effraction de maisons. Tout ce qu'il devait démontrer, c'était la possession d'un instrument susceptible d'être utilisé à une telle fin; une fois que cette preuve était faite, il incombait à l'accusé de persuader le jury qu'il avait une excuse légitime pour avoir en sa possession l'instrument en question. Depuis lors, l'arrêt *Tupper* a été confirmé par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Appleby*,

England. See *R. v. Patterson* (1961), 46 Cr. App. R. 106.

It should be noted that s. 295(1) did not relieve the Crown of its obligation to prove beyond a reasonable doubt the essential elements of the offence as it was then worded: namely, possession by the accused of the instruments specified in the indictment, and that those instruments were suitable for the purpose of house-breaking. Once these elements were established beyond a reasonable doubt, however, the accused bore the burden of proving "lawful excuse" on a balance of probabilities. A "lawful excuse" thus does not refer to, or tend to disprove, an element of an offence; rather, it refers to "matters which stand outside the requirements which must be met" (*Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 385, at p. 388). Since an intention to use the instruments for an unlawful purpose was not an element of the offence as it was then worded, an accused was required to disprove such an intention on a balance of probabilities. Section 295(1), however, placed a similar, persuasive burden on an accused who admitted committing the offence and an intention to use the instruments for house-breaking purposes but who sought exculpation, for example, on grounds of duress or authorization by law. Such defences equally stood "outside the requirements which [had to be] met". As such, they had to be established on a balance of probabilities.

In 1972, perhaps in response to Hall J.'s concurring judgment, Parliament amended s. 309 (S.C. 1972, c. 13), which, for ease of reference, I repeat:

309.(1) Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument suitable for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years. [Emphasis added.]

[1972] R.C.S. 303, et la même conclusion a été retenue en Angleterre en ce qui a trait à une disposition législative semblable. Voir *R. v. Patterson* (1961), 46 Cr. App. R. 106.

^a Il convient de souligner que le par. 295(1) ne dégageait pas le ministère public de son obligation de démontrer hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels de l'infraction telle qu'elle était ^b alors définie: c'est-à-dire, la possession par l'accusé d'instruments précisés dans l'acte d'accusation et que ces instruments pouvaient servir aux effractions de maisons. Toutefois, lorsque ces éléments étaient démontrés hors de tout doute raisonnable, ^c il incombait à l'accusé de démontrer qu'il avait une «excuse légitime» suivant la prépondérance des probabilités. Par conséquent, une «excuse légitime» ne vise pas et ne tend pas à réfuter un élément de l'infraction; il s'agit plutôt d'«un facteur qui se ^d situe à l'extérieur des exigences à rencontrer» (*Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385, à la p. 388). Étant donné que l'intention d'utiliser les instruments à une fin illégale ne constituait pas un ^e élément de l'infraction dans sa formulation d'alors, l'accusé était tenu de réfuter une telle intention suivant la prépondérance des probabilités. Toutefois, le par. 295(1) imposait un fardeau de persuasion semblable à l'accusé qui admettait avoir ^f commis une infraction et avoir l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons, mais qui cherchait à se disculper, par exemple, en se fondant sur la contrainte ou sur une autorisation de la loi. De tels moyens de défense se situaient ^g également «à l'extérieur des exigences à rencontrer». Comme tel, ils devaient être établis suivant la prépondérance des probabilités.

^h En 1972, sans doute en réaction aux motifs du juge Hall, le législateur a modifié l'art. 309 (S.C. 1972, chap. 13) que je répète pour plus de commodité:

309.(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts. [Je souligne.]

The effect of this amendment was to make an intention to use the instruments an essential component of the offence. The Crown must prove not only possession of the instruments specified in the indictment and that they were suitable for house-breaking purposes beyond a reasonable doubt, but also "circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking". The jury must ask itself whether, given the circumstances, it is reasonable to conclude that the accused intended to, or did, use the instruments for house-breaking purposes. Such an inference, in the context of a criminal charge, can only be reasonable where the jury is convinced beyond a reasonable doubt that the accused actually intended to, or did, use the instruments for the purpose of house-breaking: *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860.

The 1972 amendment thus had the effect of displacing *Tupper* to the extent that *Tupper* placed a persuasive burden on the accused to establish a lack of intention to use the instruments for house-breaking purposes. Any burden on the accused with respect to such a defence is purely an evidential one: in the absence of any evidence to the contrary, the Crown's case may be sufficiently strong to support a finding that the accused possessed the requisite intent beyond a reasonable doubt. Upon the presentation of such circumstantial evidence by the Crown, the accused is placed in the position of being well-advised to adduce evidence which would have the effect of raising a reasonable doubt that he or she intended to use the instruments for house-breaking purposes. No longer is he or she obliged to persuade the jury of a lack of such an intention on a balance of probabilities, as was the case prior to 1972. If the jury entertains a reasonable doubt as to the accused's intention, it should not draw the inference of guilty intent from the circumstances and should enter a verdict of not guilty.

Cette modification a eu pour effet de faire de l'intention d'utiliser les instruments un élément essentiel de l'infraction. Le ministère public doit non seulement démontrer la possession des instruments précisés dans l'acte d'accusation et la possibilité, hors de tout doute raisonnable, qu'ils puissent servir aux effractions de maisons, mais également les «circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons». Le jury doit se demander si, compte tenu des circonstances, il est raisonnable de conclure que l'accusé avait l'intention d'utiliser ou a effectivement utilisé les instruments à ces fins. Une telle conclusion, dans le contexte d'une accusation criminelle, peut seulement être raisonnable lorsque le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait réellement eu l'intention d'utiliser ou a effectivement utilisé les instruments à des fins d'effractions de maisons: *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860.

La modification de 1972 a donc eu pour effet d'écarter l'arrêt *Tupper* dans la mesure où cet arrêt avait imposé à l'accusé le fardeau de persuasion pour démontrer qu'il n'avait pas l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons. Tout fardeau qui incombe à l'accusé vis-à-vis d'un tel moyen de défense est purement un fardeau de présentation: en l'absence de toute preuve contraire, la preuve à charge peut être suffisamment convaincante pour appuyer la conclusion que l'accusé avait l'intention requise hors de tout doute raisonnable. Lorsque le ministère public présente une telle preuve circonstancielle, l'accusé se trouve dans la position où il serait préférable pour lui de présenter des éléments de preuve qui auraient pour effet de soulever un doute raisonnable en ce qui a trait à son intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons. Il n'est désormais plus obligé de persuader le jury de l'absence d'une telle intention suivant la prépondérance des probabilités, comme c'était le cas avant 1972. Si le jury a un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé, il ne devrait pas déduire l'intention coupable des circonstances et devrait rendre un verdict de non-culpabilité.

But, while the effect of the amendment was to displace the rule in *Tupper* with respect to defences or excuses which have the effect of negating the inference that the accused intended to use the instruments for house-breaking purposes, s. 309(1) continues to cast a persuasive burden on the accused in circumstances where he or she admits that intention but claims a justification for his or her actions, such as duress or authorization by law. In other words, in circumstances where an accused seeks to raise a defence absolving him or her of liability despite proof of *actus reus* and *mens rea* beyond a reasonable doubt, s. 309(1), like its predecessor, still requires the accused to establish such a defence on a balance of probabilities. In such circumstances, the persuasive burden on the accused remains.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, McIntyre J. With the greatest respect, I do not agree with his conclusion that the phrase "without lawful excuse, the proof of which lies upon him" is limited to the lawful excuse of innocent intention. Nor do I agree that the entire phrase was rendered superfluous by the 1972 amendment to s. 309(1).

"Lawful excuse" is a very general term. It normally includes all of the defences which the common law considers sufficient reason to excuse a person from criminal liability. It can also include excuses specific to particular offences. The word "excuse" is used in this broad meaning in s. 7(3) of the *Criminal Code*, which provides that all common law justifications and excuses continue to be available under the *Code*. This provision has been interpreted to mean that the common law defences are not frozen in time. They can be developed and tailored to fit changes in the law and new offences.

There is no doubt that Parliament can re-define the meaning of "excuse", for example by expanding it to provide new excuses or excuses specific to a particular offence, or by narrowing it to include only certain excuses. The important point is that

Toutefois, bien que les modifications aient eu pour effet d'écartier la règle énoncée dans l'arrêt *Tupper* en ce qui a trait aux moyens de défense ou aux excuses qui permettraient de contrer la conclusion que l'accusé avait l'intention d'utiliser l'instrument à des fins d'effractions de maisons, le par. 309(1) continue d'imposer à l'accusé un fardeau de persuasion lorsqu'il admet cette intention mais invoque une justification pour ses actes, telle la contrainte ou l'autorisation de la loi. En d'autres termes, dans les circonstances où un accusé tente de soulever un moyen de défense dégageant sa responsabilité malgré la preuve d'un *actus reus* et d'une *mens rea* hors de tout doute raisonnable, le par. 309(1), comme son prédécesseur, exige toujours que l'accusé établisse une telle défense suivant la prépondérance des probabilités. Dans ces circonstances, le fardeau de persuasion incombe toujours à l'accusé.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge McIntyre. Avec égards, je ne saurais être d'accord avec sa conclusion que l'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe» se limite à l'excuse légitime d'intention innocente. Je ne puis non plus dire que la modification apportée en 1972 au par. 309(1) rend toute l'expression superflue.

Les mots «excuse légitime» constituent une expression de nature très générale. Celle-ci comprend normalement tous les moyens de défenses qui, en *common law*, constituent une raison suffisante pour dégager une personne de sa responsabilité criminelle. Elle peut aussi inclure des excuses propres à des infractions particulières. Le mot «excuse» est utilisé dans ce sens large au par. 7(3) du *Code criminel*, selon lequel toutes les justifications ou excuses de la *common law* continuent d'exister en vertu du *Code*. Selon l'interprétation donnée à cette disposition, les défenses de la *common law* ne sont pas figées dans le temps. On peut les créer et les adapter aux changements du droit et aux nouvelles infractions.

Il ne fait aucun doute que le législateur peut redéfinir le sens du mot «excuse», par exemple en l'élargissant pour accorder de nouvelles excuses ou des excuses propres à une infraction particulière, ou en le restreignant pour n'y inclure que certaines

Parliament should give some indication, express or implied, that it has changed the meaning of "excuse" when it uses it in a statute. Otherwise, the word will be understood to have the meaning of "excuse" under the common law and as used by s. 7(3), a broad term that allows for the development of defences in relation to changes in the law and in the context of particular offences. If Parliament does not give some indication that it has assigned a particular meaning to "excuse", the word will be taken to have the same meaning as "excuse" under the common law and in s. 7(3).

With this in mind, I am unable to agree that the words "lawful excuse", which normally include a range of defences, have by their inclusion in s. 309(1) been limited to one meaning and one meaning alone, namely, a defence of innocent purpose. There is nothing in the wording of the section to suggest that Parliament has narrowed the concept, qualified it, or given it a specific meaning. I conclude that the phrase includes all defences which are commonly considered to be lawful excuses. It may well be that the common law of excuses is flexible enough to allow for the development of the specific defence of innocent purpose in answer to a charge under s. 309(1), but I do not agree that the general term can be said to be limited to this defence alone.

A similar point arose in *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926, which considered the meaning of a "reasonable excuse" for refusing to supply a breath sample under the impaired driving provisions. Laskin J., as he then was, writing for himself and Hall J., held that the phrase did not include defences that would otherwise be available, and concluded that a denial of the right to counsel under the *Canadian Bill of Rights* was not a reasonable excuse for refusing a breath sample. With respect for Laskin J., I prefer the opinion of Ritchie J., writing for himself, Fauteux C.J. and Martland and Spence JJ., who held that "reasonable excuse" included a denial of the right to counsel. Ritchie J. seems to have understood the phrase "reasonable excuse" to be a general term which could include a variety of excuses, without

excuses. Ce qui est important, c'est que le législateur devrait donner des indications expresses ou implicites du changement qu'il a apporté au sens du mot «excuse» quand il l'utilise dans une loi. Autrement, on interprétera le mot selon le sens d'«excuse» en *common law* et au par. 7(3), soit un terme large qui permet la création de moyens de défense en fonction des changements du droit et dans le contexte d'infractions particulières. Si le législateur n'a pas indiqué qu'il a donné un sens particulier au mot «excuse», on doit lui donner le même sens qu'en vertu de la *common law* et du par. 7(3).

Dans cette optique, je ne saurais convenir que l'inclusion au par. 309(1) des termes «excuse légitime», qui comprennent normalement une série de moyens de défense, les limite à un seul et unique sens, savoir une défense de but innocent. Rien dans le texte de l'article ne laisse entendre que le législateur a restreint le concept, l'a limité ou lui a donné un sens précis. Je conclus que l'expression comprend tous les moyens de défense qui sont habituellement considérés comme des excuses légitimes. Il est bien possible que la *common law* en matière d'excuses soit assez souple pour permettre la création de la défense spéciale de but innocent comme exonération à une accusation portée en vertu du par. 309(1), mais je ne suis pas d'avis qu'on peut interpréter le terme général comme limité à cette seule défense.

Un point semblable est soulevé dans l'arrêt *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, qui examine le sens d'une «excuse raisonnable» de refuser de donner un échantillon d'haleine aux termes des articles relatifs à la conduite avec facultés affaiblies. Le juge Laskin, plus tard Juge en chef, qui écrivait également au nom du juge Hall, a jugé que ces mots ne comprennent pas des défenses qui existeraient par ailleurs et a conclu que la dénégation du droit de consulter un avocat aux termes de la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas une excuse raisonnable pour refuser de donner un échantillon d'haleine. En toute déférence pour le juge Laskin, je préfère l'opinion du juge Ritchie, qui écrivait également aux noms du juge en chef Fauteux et des juges Martland et Spence; il a conclu qu'une excuse raisonnable com-

distinctions based on whether an excuse had been generally recognised by the law as an excuse or was specific to the offence in question. (There was no majority on this point since Ritchie and Laskin JJ. agreed in the result, while Abbott, Judson and Pigeon JJ., dissenting, would have held that the accused was not detained and thus had no right to counsel.)

Because I do not agree that the words "lawful excuse" are limited to the defence of innocent purpose, I cannot agree with McIntyre J.'s conclusion that the phrase was rendered superfluous by the 1972 amendment. Since the phrase includes lawful excuses other than that of innocent purpose, it continues to have a meaning. Nor is it simply surplusage. The phrase "the proof of which lies upon him" means that an accused who wishes to raise a defence of lawful excuse must prove it on a balance of probabilities, following the principle set out in *Tupper, supra, R. v. Appleby, supra*, and *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525.

Section 309(1) requires the accused to prove a lawful excuse on a balance of probabilities. The question to be answered, therefore, is whether s. 309(1) runs counter to the right to be presumed innocent until proven guilty enshrined in s. 11(d) of the *Charter*.

VI

The Presumption of Innocence and Section 11(d) of the *Charter*

The overarching principle of judicial review under the *Charter* is that the judiciary is entrusted with the duty of ensuring that legislatures do not infringe unjustifiably upon certain fundamental individual and collective interests in the name of the broader common good. Viewed from one perspective, this profound responsibility potentially can be seen as challenging the nature of democratic institutions in Canada, to the extent that those institutions represent the collective voice of the

prend une dénégalion du droit de consulter un avocat. Le juge Ritchie semble avoir considéré que les mots «excuse raisonnable» constituent une expression générale qui peut comprendre une série d'excuses, sans distinctions fondées sur le point de savoir si une excuse avait été généralement reconnue en droit à ce titre ou était propre à l'infraction en question. (Il n'y avait pas de majorité sur ce point puisque les juges Ritchie et Laskin en venaient au même résultat alors que les juges Abbott, Judson et Pigeon, dissidents, auraient jugé que l'accusé n'était pas sous garde et qu'il n'avait donc pas le droit de consulter un avocat.)

Puisque je ne saurais convenir que les mots «excuse légitime» sont limités à la défense de but innocent, je ne peux souscrire à la conclusion du juge McIntyre que la modification de 1972 a rendu l'expression superflue. Puisque l'expression inclut des excuses légitimes autres que le but innocent, elle continue d'avoir un sens. Ce n'est pas seulement du remplissage. L'expression «dont la preuve lui incombe» signifie qu'un accusé qui veut soulever la défense d'excuse légitime doit la prouver selon la prépondérance des probabilités, suivant le principe énoncé dans les arrêts *Tupper*, précité, *R. c. Appleby*, précité, et *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525.

Le paragraphe 309(1) exige que l'accusé prouve une excuse légitime selon la prépondérance des probabilités. Par conséquent, il faut déterminer si le par. 309(1) va à l'encontre du droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable qui est enchâssé à l'al. 11d) de la *Charte*.

VI

La présomption d'innocence et l'al. 11d) de la *Charte*

Le principe fondamental de l'examen judiciaire aux termes de la *Charte* porte que la magistrature est chargée de veiller à ce que les législateurs ne portent pas atteinte d'une manière injustifiable à certains intérêts individuels et collectifs fondamentaux au nom d'un plus large intérêt commun. Considérée d'un certain point de vue, cette lourde responsabilité peut être interprétée comme contraire à la nature des institutions démocratiques canadiennes, dans la mesure où celles-ci représen-

communities and individuals which comprise Canadian society. Viewed from another perspective, however, in interpreting and giving meaning to constitutional guarantees and determining what constitutes reasonable limits under s. 1 of the *Charter*, the courts are guided by the same principle under both lines of inquiry: namely, that Canadian society is to be free and democratic. The infusion of the spirit of individual and collective democratic aspirations into the process of defining the contours of constitutional guarantees and determining the reasonableness of state-imposed limitations on those guarantees thus ensures that the courts are and will remain allies of Canadian democracy, strengthening any weaknesses of democracy by providing a voice and a remedy for those excluded from equal and effective democratic participation in our society.

The purposes behind the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Charter*, and its relationship to a democratic and free society, have been addressed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 119-20, as follows:

The presumption of innocence is a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. Although protected expressly in s. 11(d) of the *Charter*, the presumption of innocence is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter* (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, per Lamer J.) The presumption of innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

tent la voix collective des groupes et des individus qui constituent la société canadienne. Toutefois, d'un autre point de vue, en interprétant et en définissant les garanties constitutionnelles et en déterminant ce qui constitue des limites raisonnables aux termes de l'article premier de la *Charte*, la Cour est guidée par le même principe pour les deux champs d'enquête: savoir, que la société canadienne doit être libre et démocratique. L'esprit des aspirations démocratiques individuelles et collectives qui entre dans le processus visant à définir le contour des garanties constitutionnelles et à déterminer si les restrictions que l'État leur impose sont raisonnables, fait donc en sorte que la Cour est et demeurera un allié de la démocratie canadienne, renforçant toute faiblesse de la démocratie en permettant à ceux qui sont exclus d'une participation démocratique égale et effective dans notre société de se faire entendre et en leur offrant une réparation.

Les buts sous-jacents à la présomption d'innocence enchâssée dans l'al. 11d) de la *Charte* et son rapport avec une société libre et démocratique ont été examinés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 119 et 120, de la manière suivante:

La présomption d'innocence est un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la *Charte* (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer). La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

Thus, the presumption of innocence is a value deeply embedded in the fabric of Canadian legal history and a manifestation of a social commitment to justice. The right to be presumed innocent until proven guilty when charged with a criminal offence accords the respect and concern due to individuals by virtue of their fundamental rights to life, liberty and security of the person. As such, it is simultaneously a legal articulation of the relationship between the individual and the community and a recognition of the necessity of the rule of law.

Canadian and international authorities on both the presumption of innocence and its relationship to a "reverse onus" clause were canvassed extensively in *Oakes* and it is sufficient to reiterate that, with respect to the former, the minimum content of the right to be presumed innocent until proven guilty is threefold. First, an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt. Secondly, the state bears the burden of proof. Thirdly, criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness (*R. v. Oakes*, at p. 121). With respect to the relationship between the presumption of innocence and a "reverse onus" clause, it was stated at pp. 132-33:

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue.

At the same time, it ought to be stressed that the presumption of innocence is violated not only

Ainsi, la présomption d'innocence est une valeur profondément enracinée dans la trame de l'histoire juridique canadienne. Il s'agit dès lors de la manifestation d'un engagement social envers la justice et de l'indication d'une sensibilité envers la tyrannie possible de l'État. Le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'a pas été déclaré coupable de l'infraction criminelle dont on est accusé est conforme au respect et à l'égard dus à chacun en raison de son droit fondamental à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Comme tel, il s'agit en même temps de l'expression juridique d'un rapport entre l'individu et la société et d'une reconnaissance de la nécessité de la primauté du droit.

La jurisprudence et la doctrine canadiennes et internationales sur la présomption d'innocence et son rapport avec une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» ont été examinées de manière approfondie dans l'arrêt *Oakes* et il suffit de rappeler que, quant à la présomption, le contenu minimal du droit d'être présumé innocent tant qu'on n'a pas été déclaré coupable comporte trois volets. Premièrement, la culpabilité doit être établie hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, c'est à l'État qu'incombe la charge de la preuve. Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler de manière conforme aux procédures légales et à l'équité (*R. c. Oakes*, à la p. 121). Quant au rapport entre la présomption d'innocence et une disposition portant «inversion de la charge de la preuve», on lit aux pp. 132 et 133:

Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact.

En même temps, il faut souligner que la présomption d'innocence n'est pas violée seulement

when an accused is required to disprove an essential element of the offence. The fact that reverse onuses which accomplish this result run counter to s. 11(d) was made clear in *Oakes*. To limit s. 11(d) to determinations whether an element is integral or extraneous to an offence, however, would lose sight of the fact that because of the grave social and personal consequences engendered by a finding of criminal liability, the law requires proof thereof beyond a reasonable doubt. Any burden on an accused which has the effect of dictating a conviction despite the presence of reasonable doubt, whether that burden relates to proof of an essential element of the offence or some element extraneous to the offence but nonetheless essential to verdict, contravenes s. 11(d) of the *Charter*. An accused must not be placed in the position of being required to do more than raise a reasonable doubt as to his or her guilt, regardless of whether that doubt arises from uncertainty as to the sufficiency of Crown evidence supporting the constituent elements of the offence or from uncertainty as to criminal culpability in general.

Again, I must respectfully disagree with McIntyre J., who argues that there is no violation of the presumption of innocence even if the accused is required to prove a lawful excuse. It is not possible to say that the Crown has proved the case beyond a reasonable doubt when it has led all its evidence, nor is it possible to say that the presumption of innocence has been overcome when the Crown finishes presenting its case. The presumption of innocence cannot be rebutted part way through the trial. It continues to apply throughout, up to the final judgment by the trier of fact. The trier of fact can never decide that guilt has been proven beyond a reasonable doubt until it has heard all the evidence in the case. Only then, when all the evidence is in, is the trier of fact permitted to decide whether the presumption of innocence has been overcome and guilt proved beyond a reasonable doubt.

The argument that the Crown can rebut the presumption of innocence simply by presenting a

lorsqu'un accusé est tenu de réfuter un élément essentiel de l'infraction. Le fait que l'inversion de la charge de la preuve qui entraîne ce résultat va à l'encontre de l'al. 11d) a été établi clairement dans l'arrêt *Oakes*. Toutefois, en limitant l'al. 11d) au fait de déterminer si un élément fait partie intégrante d'une infraction ou lui est extrinsèque, on perdrait de vue le fait que, étant donné les graves conséquences sociales et personnelles qui découlent d'une conclusion de responsabilité criminelle, le droit en exige une preuve hors de tout doute raisonnable. Tout fardeau incombant à un accusé dont l'effet est d'imposer une déclaration de culpabilité malgré la présence d'un doute raisonnable, que ce fardeau se rapporte à la preuve d'un élément essentiel de l'infraction ou à un élément extrinsèque à l'infraction mais néanmoins essentiel au verdict, enfreint l'al. 11d) de la *Charte*. L'accusé ne doit pas être placé dans une position où il est tenu de faire plus que soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, peu importe que ce doute découle d'une incertitude relative à la suffisance de la preuve à charge à l'appui des éléments constitutifs de l'infraction ou d'une incertitude quant à la culpabilité criminelle en général.

Là encore, je dois dire avec égards que je ne suis pas d'accord avec le juge McIntyre qui fait valoir qu'il n'y a pas de violation de la présomption d'innocence même si l'accusé est tenu de prouver une excuse légitime. Il n'est pas possible de dire que la poursuite a présenté une preuve hors de tout doute raisonnable quand elle a produit toute sa preuve, pas plus qu'il est possible de dire qu'elle a surmonté la présomption d'innocence quand elle clôt sa preuve. La présomption d'innocence ne peut pas être réfutée au milieu du procès. Elle continue de s'appliquer tout le long, jusqu'au jugement définitif du juge des faits. Le juge des faits ne peut jamais décider que la culpabilité a été prouvée hors de tout doute raisonnable jusqu'à ce qu'il ait entendu toute la preuve. C'est seulement lorsque toute la preuve a été présentée que le juge des faits peut décider si la présomption d'innocence a été surmontée et la culpabilité prouvée hors de tout doute raisonnable.

L'argument que la poursuite peut réfuter la présomption d'innocence en présentant simplement

case has a serious consequence, that the accused could be required by law to present defence evidence or face conviction. The common law position has been that the accused is never required to lead evidence. If the Crown presents a case and the defence presents no evidence, the trier of fact may convict but is never required to do so. The fact that a case goes to the trier of fact for consideration does not mean that guilt has been proven; it means only that the Crown has presented enough evidence to require consideration. An acquittal is always possible. But that acquittal would not be available to the accused because the jury would be compelled to convict even though that jury entertained a reasonable doubt as to the use or intended use of those instruments by the accused.

The basic principle of the common law has been that the accused need not prove a defence. Once an accused raises the possibility that a defence exists, whether by pointing to some fact in the Crown evidence or by leading defence evidence, the Crown is required to disprove the defence beyond a reasonable doubt. The common law has not distinguished in this area between defences that challenge the existence of a necessary element of the offence and those defences that admit the *mens rea* and *actus reus* but avoid criminal liability because of circumstances that excuse or justify the conduct. With either type of defence, all that the accused need do is point to some evidence which supports the defence. The Crown is then required to disprove the defence beyond a reasonable doubt. Examples of this principle can be found in *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, which held that the Crown must disprove provocation and self-defence, once those defences are raised by the accused; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646, which repeated that the onus is on the Crown to disprove provocation; and *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, which held that the Crown must disprove the defence of necessity beyond a reasonable doubt. In light of the common law's approach to the onus of proof in these defences, I think that a requirement that the accused prove defences that excuse his or her

sa preuve a une grave conséquence, soit que l'accusé pourrait être obligé en droit de présenter une preuve en défense ou de faire face à une condamnation. En *common law*, l'accusé n'est jamais obligé de présenter de preuve. Si la poursuite présente sa preuve et que la défense n'en présente pas, le juge des faits peut prononcer une déclaration de culpabilité, mais il n'est jamais obligé de le faire. Le fait que le juge des faits soit saisi de la preuve ne signifie pas que la culpabilité ait été prouvée; cela signifie seulement que la poursuite a présenté assez de preuves pour qu'on doive l'examiner. Un acquittement est toujours possible. Mais l'accusé ne pourrait pas obtenir un acquittement parce que le jury serait obligé de le déclarer coupable même s'il avait un doute raisonnable relativement à l'utilisation réelle ou possible de ces instruments par l'accusé.

Selon le principe fondamental de la *common law*, l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense. Dès qu'un accusé soulève la possibilité de l'existence d'une défense, que ce soit en utilisant certains faits de la preuve à charge ou en présentant une preuve en défense, la poursuite est tenue de réfuter la défense hors de tout doute raisonnable. La *common law* ne fait pas de distinction dans ce domaine entre les défenses qui contestent l'existence d'un élément nécessaire de l'infraction et celles qui admettent la *mens rea* et l'*actus reus*, mais nient la responsabilité criminelle à cause de circonstances qui excusent ou justifient la conduite. Dans les deux cas, tout ce que l'accusé a besoin de faire, c'est d'indiquer certaines preuves qui appuient la défense. La poursuite doit alors réfuter la défense hors de tout doute raisonnable. On peut trouver des exemples de ce principe dans les arrêts *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19, qui a décidé que la poursuite doit réfuter la provocation et la légitime défense une fois ces défenses soulevées par l'accusé; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646, qui réitère que la poursuite a la charge de réfuter la provocation, et *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, qui a jugé que la poursuite doit réfuter la défense de nécessité hors de tout doute raisonnable. À la lumière de la façon dont la *common law* envisage la charge de la preuve pour ces défenses, je pense qu'imposer à

conduct would violate the presumption of innocence.

Section 309(1), in my view, runs counter to the presumption of innocence. If an accused has a lawful excuse, the section, by its very terms, places the onus on the accused to establish that excuse. Although, strictly speaking, s. 309(1) is not a "reverse onus" provision, in that it does not presume an essential element of the offence, the provision, by requiring proof by the accused of certain defences on a balance of probabilities, makes it "possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt" (*R. v. Oakes*, at p. 132). While s. 11(d) of the *Charter* does not dictate that the Crown prove at the outset the absence of every conceivable defence, it does require that when the facts introduced by the Crown or the accused fairly raise the possibility of a successful defence, all that is ever required of an accused is to raise a reasonable doubt. Section 309(1) requires an accused to adduce evidence on a balance of probabilities. It follows that s. 309(1) constitutes a violation of s. 11(d) of the *Charter*.

VII

Section 1 of the *Charter*

The respondent Crown, in the alternative, adopts the submissions of the Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec with respect to s. 1 of the *Charter*. The Attorney General of Canada argues that s. 309(1) of the *Code*, assuming it infringes s. 11(d) of the *Charter*, is justified under s. 1 as it is designed to meet a valid federal objective, impairs the right only in so far as is deemed necessary for the protection of society, and is not arbitrary or unfair in its application. In sum, it submits that the provision, when viewed in the context of the need for the protection of society, represents a proportionate response to the incidence of property-related offences involving break-ins. The Attorney General of Quebec and the Attorney General for Saskatchewan make similar submissions. The appellant takes issue with these submissions and argues, first, that although the objective of s. 309(1), the suppression of house-

l'accusé de prouver des défenses qui excusent sa conduite violerait la présomption d'innocence.

À mon avis, le par. 309(1) est contraire à la présomption d'innocence. Si un accusé a une excuse légitime, l'article, selon son propre texte, lui impose le fardeau de la prouver. Strictement parlant, le par. 309(1) ne constitue pas une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» car il ne présume pas un élément essentiel de l'infraction, mais comme il exige que l'accusé prouve certaines défenses suivant la prépondérance des probabilités, «une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable» (*R. c. Oakes*, à la p. 132). Bien que l'al. 11d) de la *Charte* n'impose pas au ministère public le fardeau de démontrer au départ l'absence de toute défense concevable, il exige néanmoins que, lorsque les faits présentés par le ministère public ou par l'accusé soulèvent d'une manière suffisante la possibilité d'une défense réussie, l'accusé n'ait plus qu'à soulever un doute raisonnable. Le paragraphe 309(1) exige que l'accusé présente une preuve suivant la prépondérance des probabilités. Il en découle que le par. 309(1) constitue une violation de l'al. 11d) de la *Charte*.

VII

L'article premier de la *Charte*

Le ministère public intimé adopte par ailleurs les arguments du procureur général du Canada et du procureur général du Québec en ce qui a trait à l'article premier de la *Charte*. Le procureur général du Canada soutient que le par. 309(1) du *Code*, en supposant qu'il enfreigne l'al. 11d) de la *Charte*, est justifié aux termes de l'article premier, car il vise à accomplir un objectif fédéral valide, il ne porte atteinte au droit que dans la mesure où cela est jugé nécessaire pour la protection de la société et il n'est pas arbitraire ou injuste dans son application. Bref, il soutient que la disposition, interprétée dans le contexte de la nécessité de protéger la société, représente une réponse proportionnée à l'incidence des infractions contre les biens comportant des effractions. Le procureur général du Québec et le procureur de la Saskatchewan ont présenté des arguments semblables. L'appelant conteste ces arguments et soutient premiè-

breaking and safe-breaking, is not a trivial objective, it is not of such grave significance as to justify the violation of so central a right as the presumption of innocence. Thus, it is submitted that the social purpose sought to be attained does not justify the violation of s. 11(d). Secondly, it is submitted by the appellant that the imposition of an evidential burden would achieve the same societal goal, and, concomitantly, avoid the conviction of an accused who raised a doubt as to his or her guilt but was unable to satisfy a standard of proof on a balance of probabilities.

In *Oakes*, this Court outlined the interpretive principles relevant to the inquiry into when an infringement of a constitutional right or freedom is justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society (at pp. 138-39):

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First,

rement, que bien que l'objectif du par. 309(1), l'élimination des vols avec effraction dans les maisons et les coffres-forts, ne représente pas un objectif insignifiant, il n'est pas d'une importance si considérable qu'il justifie la violation d'un droit aussi fondamental que la présomption d'innocence. Il soutient donc que l'objectif social que l'on cherche à atteindre ne justifie pas la violation de l'al. 11d). Deuxièmement, l'appelant soutient que l'imposition d'un fardeau de présentation atteindrait le même but du point de vue social et, de manière concomitante, éviterait la condamnation d'un accusé qui a soulevé un doute quant à sa culpabilité mais qui n'a pas pu satisfaire à une norme de preuve suivant la prépondérance des probabilités.

Dans l'arrêt *Oakes*, cette Cour a énoncé les principes d'interprétation applicables pour déterminer quand la violation d'une liberté ou d'un droit constitutionnels est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (aux pp. 138 et 139):

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon

the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

As noted, the respondent and interveners all submit that the prevention of house-breaking is a sufficiently pressing and substantial objective to warrant the infringement of the s. 11(d) right to be presumed innocent until proven guilty when charged with an offence. Specifically, the Attorney General of Canada submits that the incidence of break-ins remains at a very high level in Canada, and that the interruption of the burglar in possession of the tools associated with his or her unlawful trade represents an important and significant social objective. Counsel for the Attorney General points to statistics demonstrating that break and enter is the most common property offence next to theft of property of a value under \$200 (Statistics Canada, Canadian Centre for Justice Statistics, *Canadian Crime Statistics 1985* (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986), table 2). Those statistics also demonstrate a low clearance rate for property crimes in general and break and enter offences in particular. In 1985, the break and enter offence recorded one of the lowest clearance rates of all property crime offences, with 78.2 per cent being unsolved in 1985 (*Canadian Crime Statistics 1985*, at p. 46). It also relies on the Law Reform Commission's Working Paper No. 48, *Criminal Intrusion* (1986), which, at p. 1, captures succinctly society's interest in curbing property crimes:

It is with good reason that the paradigm of a criminal is the "burglar." Break and enter is one of those offences

avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Comme je l'ai souligné, l'intimée et les intervenants ont tous soutenu que la prévention des effractions constituait un objectif suffisamment important et urgent pour justifier la violation du droit accordé par l'al. 11d) d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable de l'infraction dont on est accusé. De manière plus précise, le procureur général du Canada a soutenu que la fréquence des effractions est très élevée au Canada et que l'arrestation du cambrioleur en possession des outils associés avec son activité illégale représente un objectif social important et significatif. On a souligné les statistiques démontrant que l'introduction par effraction figure au deuxième rang, après le vol de biens valant moins de 200 \$ parmi les infractions les plus courantes contre les biens (Statistiques Canada, Centre canadien de la statistique juridique, *Statistique de la criminalité du Canada, 1985* (Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986), tableau 2). Ces statistiques font également ressortir un faible taux de résolution des infractions contre les biens en général et des introductions par effraction en particulier. En 1985, l'infraction d'introduction par effraction a obtenu l'un des plus faibles taux de résolution de toutes les infractions contre les biens, soit de 78,2 p. 100. (*Statistique de la criminalité du Canada, 1985*, à la p. 46). Il s'est également fondé sur le document de travail n° 48 de la Commission de réforme du droit du Canada, *L'intrusion criminelle* (1986), qui, à la p. 1, résume l'intérêt que la société porte à la répression des infractions contre les biens:

Ce n'est pas sans raison que l'on associe généralement le «cambrioleur» au type même du criminel. L'introduc-

which seem to touch each one of us. It is rare today to find anyone who has not been a victim of a break and enter or who does not know someone who has been. Indeed, break and enter continually appears in police statistics as the most common property offence next to theft of property of a value under \$200. This is serious when you consider that two-thirds of all reported *Criminal Code* offences relate to property.

However, perhaps the worst thing about break and enter is how worrying it is. This is especially so when it happens to you in your home. An unwanted intrusion into our homes, our private space, gives rise to feelings of fear, outrage, insult and indignation. Somehow we feel violated. Studies confirm that "the victim seems threatened personally more by the disarrangement of his personal territory than by the evident economic loss." Insurance can compensate for the economic loss; nothing can compensate for our feelings of fear, insult, anger and loss of security resulting from an invasion of our privacy.

While not wishing to downplay the pressing and substantial interest in curbing this sort of unlawful activity, and assuming that it is sufficiently weighty to justify curbing fundamental freedoms constitutionally protected by the *Charter*, it is my view that s. 309(1) cannot, in any event, be justified under s. 1, by virtue of the fact that the provision does not meet the proportionality test enunciated in *R. v. Oakes* as it applies to infringements on the s. 11(d) right to be presumed innocent until proven guilty.

I say this for two reasons. First, even assuming there to be a rational basis for distinguishing between defences, s. 309(1) does not impair "as little as possible" the right or freedom in question (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 352). Parliament could have enacted a section which does not have the effect of resulting in the possible conviction of a person who raises a

tion par effraction fait partie de ces infractions qui semblent toucher chacun d'entre nous. En effet, il est rare de nos jours de trouver quelqu'un qui n'a pas lui-même été victime d'un cambriolage, ou qui ne connaît pas quelqu'un d'autre qui l'a été. De fait, dans les statistiques policières, l'introduction par effraction figure de façon continue au deuxième rang, après le vol de biens valant moins de 200 \$, parmi les infractions contre les biens les plus courantes. Or, cet état de choses ne saurait être pris à la légère si l'on tient compte du fait que de toutes les infractions prévues au *Code criminel* qui sont dénoncées, les deux-tiers sont des infractions contre les biens.

Cela dit, l'aspect le plus grave de l'introduction par effraction est sans doute son caractère inquiétant pour la victime, surtout si l'infraction est commise au domicile de celle-ci. En effet, lorsqu'un intrus s'introduit dans la demeure, dans l'espace privé d'une personne, celle-ci peut se sentir effrayée, outragée, insultée et indignée. L'intrusion apparaît en quelque sorte comme une agression. Et des études ont confirmé que [TRADUCTION] «c'est la violation de son espace personnel, bien plus que la perte financière pourtant évidente, qui est perçue comme une menace personnelle par la victime». La perte financière peut toujours être réparée par le produit d'une assurance, mais rien, en revanche, ne peut compenser le sentiment de peur, d'affront, de colère et d'insécurité qu'une personne peut éprouver à la suite de l'atteinte ainsi portée à sa vie privée.

Bien que je ne désire pas diminuer l'urgence et l'importance de réprimer ce genre d'activité illégale et présumant qu'il est suffisamment important pour justifier la restriction de libertés fondamentales protégées constitutionnellement par la *Charte*, je suis d'avis que le par. 309(1) ne peut, en aucun cas, être justifié aux termes de l'article premier étant donné que la disposition ne satisfait pas au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes* tel qu'il s'applique aux violations du droit garanti par l'al. 11(d) d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable.

Il y a deux raisons à cela. Premièrement, même si on présume qu'il y a un fondement rationnel pour établir une distinction entre les moyens de défense, le par. 309(1) ne porte pas «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352). Le législateur aurait pu adopter un article qui n'aurait pas eu pour effet d'entraîner

reasonable doubt at trial as to his or her guilt but is unable to prove his or her innocence on a balance of probabilities. In other words, given the circumstances surrounding this kind of offence and the objective of curbing property-related crimes, Parliament could have imposed simply an evidential burden on the accused to introduce some evidence raising a reasonable doubt as to his or her guilt, as it did in 1972 with respect to defences which negate the inference that the accused intended to use the instruments for house-breaking purposes.

Secondly, I am of the opinion that s. 309(1) does not meet the proportionality calculus articulated in *R. v. Oakes* because of the deleterious effects which result from imposing a persuasive burden on the accused in connection with a criminal offence making unlawful the possession of even the most innocuous of tools. The principle that innocent persons not be punished is the normative foundation of the evidentiary requirement of proof beyond a reasonable doubt. It is true that the 1972 amendments reduced the possibility that innocent persons would be convicted, but, in my opinion, Hall J.'s concerns in *Tupper v. The Queen* remain valid. Section 309(1) embraces and leaves open the possibility that innocent persons will be jailed. This effect, given the range of alternative legislative devices available to Parliament, is too deleterious to be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Simply put, the provision exacts too high a price to be justified in a free and democratic society. As Lamer J. stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law.

la déclaration de culpabilité d'une personne qui soulève à son procès un doute raisonnable quant à sa culpabilité mais qui est incapable de démontrer son innocence suivant la prépondérance des probabilités. En d'autres termes, compte tenu des circonstances entourant ce genre d'infraction et de l'objectif de la répression des crimes contre les biens, le législateur aurait pu imposer simplement à l'accusé le fardeau de présentation d'éléments de preuve soulevant un doute raisonnable quant à sa culpabilité, comme il l'a fait en 1972 en ce qui a trait aux moyens de défense qui empêchent de conclure que l'accusé avait l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons.

Deuxièmement, je suis d'avis que le par. 309(1) ne satisfait pas au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes* en raison des effets néfastes qui résultent de l'imposition à l'accusé du fardeau de persuasion relativement à une infraction criminelle rendant illégale la possession de l'outil le plus inoffensif. Le principe selon lequel les personnes innocentes ne doivent pas être punies est le fondement normatif de l'exigence de la preuve hors de tout doute raisonnable. Il est vrai que les modifications de 1972 ont réduit les risques que des personnes innocentes soient déclarées coupables, mais, à mon avis, les inquiétudes du juge Hall dans l'arrêt *Tupper v. The Queen* demeurent valables. Le paragraphe 309(1) inclut et rend possible l'emprisonnement de personnes innocentes. Compte tenu de la gamme de mécanismes législatifs auxquels le législateur peut recourir, cet effet est trop néfaste pour être justifié comme limite raisonnable aux termes de l'article premier de la *Charte*. En somme, la disposition exige que l'on paie un prix trop élevé pour qu'elle soit justifiée dans une société libre et démocratique. Comme le juge Lamer l'a dit dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513:

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

For the reasons given earlier, I am of the view that s. 309(1) of the *Criminal Code* affords insufficient protection to an accused faced with the potential segregation from society and deprivation of liberty which result from conviction. It follows that s. 309(1) of the *Code* is not justified under s. 1 of the *Charter*.

This does not, however, lead to the conclusion that the whole of s. 309(1) is void. Excising the words, "the proof of which lies upon him", from the provision would eliminate the possibility of the conviction of an accused who had a lawful excuse for his or her actions but could not prove that excuse on a balance of probabilities. As I stated earlier, although s. 11(d) of the *Charter* does not oblige the Crown to prove at the outset the absence of every conceivable defence, it does require that when the facts fairly raise the possibility of a successful defence, all that is required of an accused is to raise a reasonable doubt as to his or her guilt. I would order that the offending words be severed so that an accused bears only an evidential burden in this regard. As the appellant has yet to be prosecuted under s. 309(1), I would dismiss the appeal and direct that the indictment continue in the ordinary way under s. 309(1) without the accused bearing a persuasive burden of establishing lawful excuse.

VIII

Conclusion

Clements Co. Ct. J. was correct in holding that s. 309(1) of the *Criminal Code* of Canada violates s. 11(d) of the *Charter*. Moreover s. 309(1) cannot be justified under s. 1. Accordingly, the constitutional questions should be answered as follows:

1. Is section 309(1) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, to the extent that the words, "the proof of which lies upon him", places a persuasive burden on an accused to

Pour les motifs que j'ai donnés précédemment, je suis d'avis que le par. 309(1) du *Code criminel* accorde une protection insuffisante à un accusé qui doit faire face à la possibilité d'être exclu de la société et privé de sa liberté par suite d'une déclaration de culpabilité. Il en découle que le par. 309(1) du *Code* n'est pas justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Ceci n'amène cependant pas à la conclusion que tout le par. 309(1) est nul. Supprimer les termes «dont la preuve lui incombe» de la disposition éliminerait la possibilité de condamner un accusé qui a une excuse légitime pour ses actes, mais ne peut la prouver suivant la prépondérance des probabilités. Comme je l'ai dit plus tôt, bien que l'al. 11(d) de la *Charte* n'impose pas au ministère public le fardeau de démontrer au départ l'absence de toute défense concevable, il exige néanmoins que lorsque les faits soulèvent de manière suffisante la possibilité d'une défense réussie, l'accusé n'ait plus qu'à soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. J'ordonnerais donc que les termes en question soient retranchés de sorte qu'un accusé ne supporte que le fardeau de présentation à cet égard. Comme l'appelant n'a pas encore été poursuivi en vertu du par. 309(1), je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner que la procédure par acte d'accusation suive son cours conformément au par. 309(1) sans que l'accusé ait à supporter le fardeau de persuasion pour prouver une excuse légitime.

g

VIII

Conclusion

Le juge Clements a conclu à bon droit que le par. 309(1) du *Code criminel* du Canada viole l'al. 11(d) de la *Charte*. En outre, le par. 309(1) ne peut être justifié aux termes de l'article premier. Par conséquent, les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, dans la mesure où les mots «dont la preuve lui incombe» imposent à l'accusé le fardeau de persuasion pour établir

establish "lawful excuse" on a balance of probabilities.

2. If so, is s. 309(1) of the *Criminal Code* of Canada justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a

Answer: No, to the extent that the words, "the proof of which lies upon him", places a persuasive burden on the accused to establish "lawful excuse" on a balance of probabilities. ^b

I would dismiss the appeal.

The reasons of McIntyre and Le Dain JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of my colleague, the Chief Justice. He has set out the facts and the issues which arise in this case, as well as the positions taken by the parties before this Court. I am unable, however, to agree fully with his reasons and the answers that he has given to the constitutional questions posed. In general agreement with the Court of Appeal, I am unable to find s. 309 of the *Criminal Code* inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would, therefore, answer Question 1 in the negative, have no occasion to answer the second question, and I would dismiss the appeal. ^c

Section 309(1) of the *Criminal Code* is in these terms:

309. (1) Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument suitable for the purpose of breaking into any place, motor vehicle, vault or safe under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for any such purpose, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years. ^d

The other relevant provision, s. 11(d) of the *Charter*, provides:

11. Any person charged with an offence has the right ^e

une «excuse légitime» selon la prépondérance des probabilités.

2. Dans l'affirmative, le par. 309(1) du *Code criminel* du Canada est-il justifié compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^f

Réponse: Non, dans la mesure où les mots «dont la preuve lui incombe» imposent à l'accusé le fardeau de persuasion pour établir une «excuse légitime» selon la prépondérance des probabilités. ^g

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges McIntyre et Le Dain rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement de mon collègue, le Juge en chef. Il y expose les faits et les questions en litige, ainsi que les positions qu'ont adoptées les parties devant cette Cour. Je ne puis cependant souscrire entièrement à ses motifs ni à ses réponses aux questions constitutionnelles posées en l'espèce. Selon moi, et en cela je partage globalement l'opinion de la Cour d'appel, il est impossible de conclure à l'incompatibilité de l'art. 309 du *Code criminel* avec l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, je suis d'avis de répondre à la première question par la négative. Il n'est donc pas nécessaire de répondre à la seconde et je rejeterais le pourvoi. ^h

Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* dispose:

309. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un endroit, un véhicule à moteur, une chambre-forte ou un coffre-fort dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé dans un tel but. ⁱ

L'autre disposition pertinente, l'al. 11(d) de la *Charte*, porte:

11. Tout inculpé a le droit: ^j

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

The history of the offence charged under s. 309 extends back to a mid-nineteenth century English statute, which was adopted in the *Criminal Code* of Canada of 1892 and, after amendment, appeared in the 1953-54 *Code* as s. 295 in these terms:

^a L'infraction prévue par l'art. 309 remonte à une loi anglaise du milieu du dix-neuvième siècle. Cette infraction a été reprise dans le *Code criminel* du Canada de 1892 et, ayant été modifiée, était ainsi formulée à l'art. 295 du *Code* de 1953-54:

295. (1) Every one who without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

295. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts.

Amendments in 1972 and 1985 gave the section, now numbered 309, its present form by the addition of the words:

^d Des modifications de 1972 et 1985 ont donné à l'article, qui porte maintenant le numéro 309, sa forme actuelle par l'ajout des mots suivants:

... under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for any such purpose

... dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé dans un tel but.

The 1972 amendment added a further element which the Crown must prove. In answer to the suggestion made by the trial judge that these words were ambiguous and, consequently, in contravention of the *Charter*, Lacourcière J.A., speaking for the unanimous Court of Appeal (1983), 41 O.R. (2d) 250 (Lacourcière, Weatherston and Cory J.J.A.), said, at p. 255:

^e La modification de 1972 ajoutait un élément de plus que le ministère public doit prouver. Répondant à l'observation du juge du procès selon lequel les mots en question étaient ambigus et, partant, ^f contraires à la *Charte*, le juge Lacourcière, parlant au nom de la Cour d'appel unanime (1983), 41 O.R. (2d) 250 (les juges Lacourcière, Weatherston et Cory), affirme, à la p. 255:

By the addition of the impugned wording, Parliament, in effect, was delineating the legislative criteria for an indictable offence, where the circumstances of the possession of the instruments suitable for house-breaking, which can also be used for innocent purposes, give rise to the incriminating inference. An additional onus was placed on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the instruments were in the accused's possession under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instruments were intended to be used for house-breaking, etc. I am unable to agree with the trial judge that the incriminating circumstances required to be proved by the Crown are couched in ambiguity.

^g [TRADUCTION] Par l'ajout des mots contestés le législateur se trouvait en réalité à préciser les critères législatifs de l'acte criminel lorsque les circonstances de la possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons, qui sont également susceptibles d'une utilisation innocente, donnent lieu à la conclusion incriminante. Le ministère public s'est vu imposer l'obligation supplémentaire de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait les instruments en sa possession dans des circonstances qui donnaient raisonnablement lieu de conclure que ces instruments étaient destinés à être utilisés dans un tel but. Je ne puis retenir le point de vue du juge du procès, selon lequel les circonstances incriminantes devant être prouvées par le ministère public sont exprimées en termes ambigus.

I am in full agreement with these words.

^j Je souscris entièrement à l'opinion exprimée dans ce passage.

The 1972 and 1985 amendments to s. 309(1) of the *Criminal Code* are of fundamental importance in this case and, in my view, render much of what was said in earlier judgments dealing with their predecessors of little significance. Section 309(1) creates a complete offence; that of being in possession of any instrument suitable for the purpose of breaking into any place, motor vehicle, vault or safe under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for any such purpose. For the Crown to procure a conviction under this section all elements of the offence must be proved beyond a reasonable doubt. The Crown's burden was aptly stated by Martin J.A. in *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175 (Ont. C.A.), speaking for the Court (Kelly, Martin and Lacourcière J.J.A.), at pp. 179-80:

As will be gathered from what I have already said, it was incumbent upon the Crown to prove: (a) possession by the accused of the instruments specified in the indictment; (b) that they were suitable for the purpose of housebreaking, safe-breaking or vault-breaking; (c) that such instruments were found under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instruments were intended to be used for housebreaking, safe-breaking or vault-breaking.

In discharging this burden of proof, the Crown must put before the court a *prima facie* case, that is, evidence covering every element of the offence of such nature that, if believed by the trier of fact and not answered, would warrant a conviction. It was argued by the appellant that by providing that the possession must be in circumstances which would give rise to a reasonable inference, the section was enabling a finding of guilt on something less than proof beyond a reasonable doubt. I would reject that argument. The words "reasonable inference" (of guilt) employed in a criminal enactment can mean only an inference which, on the basis of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt, would warrant a conclusion of

Les modifications apportées en 1972 et en 1985 au par. 309(1) du *Code criminel* revêtent une importance fondamentale en l'espèce et, à mon avis, enlèvent quasiment toute importance à une bonne partie de ce qui a été dit dans la jurisprudence sur les dispositions antérieures. Le paragraphe 309(1) crée une infraction complète, savoir celle d'avoir en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un endroit, un véhicule à moteur, une chambre forte ou un coffre-fort dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé dans un tel but. Le ministère public, s'il veut obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de cet article, doit prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments de l'infraction. La charge de la preuve incombant au ministère public a été énoncée avec justesse par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175 (C.A. Ont.), qui parlait au nom de la Cour d'appel composée également des juges Kelly et Lacourcière, aux pp. 179 et 180:

[TRADUCTION] Comme il ressort de ce que j'ai déjà dit, il incombait au ministère public de démontrer: a) la possession par l'accusé des instruments précisés dans l'acte d'accusation; b) qu'ils pouvaient servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts; c) que ces instruments ont été trouvés dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure qu'ils étaient destinés à être utilisés dans un tel but.

Pour se décharger du fardeau lui incombant, le ministère public doit présenter à la cour une preuve *prima facie*, c'est-à-dire une preuve qui se rapporte à chaque élément de l'infraction d'une nature telle que, si le juge des faits y ajoute foi et qu'elle ne soit pas réfutée, justifie une déclaration de culpabilité. L'appelant a fait valoir que l'article en question, du fait qu'il dispose qu'on doit avoir un instrument en sa possession dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure à la culpabilité, permet de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve moindre que la preuve hors de tout doute raisonnable. Je rejette cet argument. Le seul sens possible de l'expression «donnent raisonnablement lieu de conclure» (à la

guilt in the absence of any answer or explanation. An inference of guilt is not reasonable in the criminal context unless it overrides a reasonable doubt. The burden of proof under this section must be discharged without the benefit of any presumption against the accused. The accused is required to prove nothing, though depending on the strength of the Crown's evidence he might be in grave danger of conviction if he does not call evidence in his defence or make answer to the Crown's case. In this regard the accused, under s. 309 of the *Criminal Code*, is in no different position than an accused in any other offence.

It was also argued that the inclusion of the words "without lawful excuse, the proof of which lies upon him" in s. 309(1) of the *Criminal Code*, amounted to a reverse onus clause which imposed a burden on the accused to prove his innocence, contrary to the provisions of s. 11(d) of the *Charter*. In other words, they denied him the benefit of a presumption of innocence. In my view, these words create no such reverse onus. These words, while apt in certain circumstances to do so, cannot be said to have any such effect in the context of s. 309(1) of the *Criminal Code*, where before they can have any effect the Crown must place before the Court a complete case for conviction. They may be said to be little more than a recognition of the accused's statutory right under s. 577(3) of the *Criminal Code* to make full answer and defence. There is no provision here, similar to s. 241(1)(a) of the *Criminal Code*, which deems that an accused found occupying the seat ordinarily occupied by the driver had care and control of the vehicle. This is not a case such as that of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 (struck down by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), which permitted upon a conviction for one offence (possession of a narcotic) conviction for a completely different offence (possession for the purpose of trafficking) unless the accused disproved the intent to traffic. It may well be

culpabilité), lorsqu'elle est employée dans une disposition criminelle, est une conclusion qui, selon la norme criminelle de la preuve hors de tout doute raisonnable, justifierait un verdict de culpabilité en l'absence d'une preuve contraire ou d'une explication. Dans le contexte criminel, une conclusion de culpabilité n'est pas raisonnable tant qu'il subsiste un doute raisonnable. La preuve requise par l'article en cause doit se faire sans le bénéfice d'une présomption à l'encontre de l'accusé. Celui-ci n'est rien tenu de prouver, quoique, suivant la force de la preuve du ministère public, il puisse courir un grand danger de se voir reconnu coupable s'il ne produit aucune preuve pour sa défense ou s'il ne répond pas à la preuve du ministère public. À cet égard, la situation de l'accusé aux fins de l'art. 309 du *Code criminel* ne diffère aucunement de celle d'une personne inculpée d'une autre infraction.

On a soutenu en outre que l'expression «sans excuse légitime dont la preuve lui incombe» au par. 309(1) du *Code criminel* constituait une clause portant inversion de la charge de la preuve qui obligeait l'accusé, contrairement à l'al. 11d) de la *Charte*, à prouver son innocence. En d'autres termes, elle le privait du bénéfice de la présomption d'innocence. À mon avis, l'expression en question n'opère aucune inversion de la charge de la preuve. Certes, elle peut avoir cet effet dans certaines circonstances, mais on ne saurait prétendre qu'il en est ainsi dans le contexte du par. 309(1) du *Code criminel*, où le ministère public doit produire devant la cour des preuves complètes justifiant une déclaration de culpabilité, sans quoi cette expression ne joue pas. Elle peut donc être considérée comme rien d'autre qu'une reconnaissance du droit de présenter une pleine réponse et défense que le par. 577(3) du *Code criminel* confère à l'accusé. Il ne s'agit pas d'une disposition semblable à l'al. 241(1)a) du *Code criminel* qui porte qu'un accusé qu'on trouve occupant la place ordinairement occupée par le chauffeur est réputé avoir la garde ou le contrôle du véhicule en question. Il ne s'agit pas non plus d'un cas comme celui visé par l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1 (disposition jugée invalide par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) qui permettait, sur déclaration de

asked, then, why are the words included in the statute, what purpose do they have?

In my view, before the 1972 *Tupper* amendment, this question would have been answered by stating that the words “without lawful excuse, the proof of which lies upon him” were included in the section in order to make available the defence of innocent purpose, which would not have been open to an accused without this phrase because, in the words of the former section, the offence was complete without consideration of purpose. On this point, I would refer to the words of Laskin J. (as he then was) in *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926, at p. 950, in a concurring judgment on this point, where he said on the subject of the construction of the words “without reasonable excuse” in what is now s. 238(5) of the *Criminal Code*:

... the trial judge ruled as a matter of law that denial of an accused's request to consult a lawyer before he would agree to give a breath sample did not provide a reasonable excuse to an accused for refusing to give such a sample.

I agree with this ruling of the trial judge because I regard the phrase “without reasonable excuse” as adding a defence or a bar to successful prosecution which would not be available without those words, but not as encompassing defences or bars that would exist without them. For example, a right of diplomatic immunity from the domestic criminal law would exist regardless of the absence of the words “without reasonable excuse”; and similarly, in my view, if s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights* sets up a bar, it is one which is independent of the presence of the words in question. It would be strange, indeed, if the effect of the immunity above-mentioned or of the *Canadian Bill of Rights* was vitiated by repeal of the words “without reasonable excuse”. [Emphasis added.]

culpabilité d'une infraction (possession d'un stupéfiant), de rendre un verdict de culpabilité d'une infraction tout à fait différente (possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic), à moins que
 a l'accusé ne prouve qu'il n'avait pas l'intention d'en faire le trafic. On peut donc se demander pourquoi l'expression en cause a été incluse dans la Loi et à quoi elle sert.

b À mon avis, avant la modification de 1972 entraînée par l'arrêt *Tupper*, on aurait répondu que l'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe» a été incluse dans l'article afin
 c qu'on puisse se prévaloir du moyen de défense du but innocent qui, à défaut de cette clause, ne pourrait pas être invoqué par un accusé parce que, selon le texte de l'ancien article, l'infraction était
 d complète indépendamment du but visé. À cet égard, je me réfère aux propos qu'a tenus le juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt
Brownridge c. La Reine, [1972] R.C.S. 926, à la p. 950, où, dans des motifs concordants sur ce point,
 e il dit concernant l'interprétation à donner à l'expression «sans excuse raisonnable» figurant dans ce qui est maintenant le par. 238(5) du *Code criminel*:

f ... le juge de première instance a décidé qu'en droit, le fait de ne pas accéder à la demande de l'accusé de consulter un avocat avant qu'il accepte de donner un échantillon d'haleine ne lui fournit pas une excuse raisonnable pour refuser de donner cet échantillon.

g Je souscris à cette décision du juge de première instance parce que j'interprète l'expression «sans excuse raisonnable» comme ajoutant, à titre de motif du rejet
 d'une poursuite, un moyen de défense ou d'irrecevabilité qui ne serait pas disponible en son absence, et parce que
 h je n'interprète pas cette expression comme visant des moyens de défense ou d'irrecevabilité qui existent même en l'absence de cette expression. Par exemple, le droit à l'immunité diplomatique vis-à-vis du droit criminel interne existe même en l'absence de l'expression «sans excuse raisonnable»; de même, à mon avis, si l'art. 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits* établit un moyen d'irrecevabilité, celui-ci ne dépend pas de l'existence de l'expression en question. En fait, il serait étrange que l'effet de l'immunité ci-dessus mentionnée
 i ou de la *Déclaration canadienne des droits* soit vicié par
 j l'abrogation de l'expression «sans excuse raisonnable». [Je souligne.]

The emphasized words in the above passage were relied upon in the Ontario Court of Appeal in construing the words "without lawful justification or excuse", in s. 408 of the *Criminal Code*, in *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35, at p. 44, per Brooke J.A. (leave to appeal to this Court was granted but the appeal was discontinued before hearing). When, however, the section was amended in 1972 to make the intention to use the instrument for house-breaking an essential element of the offence, the phrase "without lawful excuse, the proof of which lies upon him" was rendered superfluous. The purpose for which the accused intended to use the tools was effectively converted from a defence which the accused had to prove to show his innocence, to an essential element of the offence which the Crown had to prove beyond a reasonable doubt to prove his guilt. As a result, then, the phrase was denuded of its original content. It was probably retained in the section out of an abundance of caution.

The Chief Justice has adopted the view that the phrase has not been so robbed of its content but that it encompasses general common law excuses, such as duress and authorization by law, which he considers must continue to be established by the accused on a balance of probabilities. I cannot, with the utmost deference, share that view. I would adopt the words of Laskin J. in *Brownridge*, *supra*. The words "without lawful excuse" do not encompass excuses or justifications that would exist if those words were omitted from the section, and thus require proof by the accused. Manifestly, if the words were omitted from the *Code*, general common law excuses, such as duress or authorization by law, would continue to be available to the accused. The conclusion that these general common law excuses are not encompassed within the phrase "without lawful excuse", entails the further conclusion that these excuses need not be proved on a balance of probabilities since they are not affected by the words "the proof of which lies upon him". Consequently, these excuses are, and have always been, with respect to this offence, available to an accused on exactly the same basis as they are in any other criminal offence: as long

La Cour d'appel de l'Ontario s'est appuyée sur les mots soulignés dans le passage reproduit ci-dessus en interprétant l'expression «sans justification ou excuse légitime» employée à l'art. 408 du *Code criminel* dans l'arrêt *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35, à la p. 44, motifs du juge Brooke (l'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée, mais il y a eu désistement avant l'audience). Toutefois quand l'article a été modifié en 1972 de manière à faire de l'intention de se servir de l'instrument pour s'introduire par effraction dans une maison un élément essentiel de l'infraction, l'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe» est devenue superflue. D'un moyen de défense que l'accusé devait prouver pour démontrer son innocence, l'usage qu'il entendait faire des instruments a été transformé en élément essentiel de l'infraction, que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable afin d'établir la culpabilité de l'accusé. Par conséquent, l'expression a été vidée de son sens primitif et, si elle a été conservée dans l'article, c'est probablement par précaution.

Le Juge en chef pour sa part a adopté le point de vue selon lequel l'expression en question n'a pas perdu son sens, mais qu'elle englobe les excuses générales de *common law*, telles que la contrainte et l'autorisation de la loi, qui, à son avis, doivent toujours être établies par l'accusé selon la prépondérance des probabilités. Je ne puis en toute déférence souscrire à son avis. Je fais mien ce qu'a dit le juge Laskin dans l'arrêt *Brownridge*, précité. L'expression «sans excuse légitime» ne comprend pas les excuses ou les justifications qui existeraient si cette expression était omise de l'article et ne nécessite donc pas que l'accusé en fasse la preuve. De toute évidence, si cette expression était omise dans le *Code*, l'accusé pourrait continuer à se prévaloir des excuses générales de *common law* comme la contrainte ou l'autorisation de la loi. De la conclusion que ces excuses générales de *common law* échappent à la portée de l'expression «sans excuse légitime» découle une autre conclusion, savoir que ces excuses n'ont pas à être prouvées selon la prépondérance des probabilités, car elles ne sont pas visées par l'expression «dont la preuve lui incombe». Il s'ensuit que ces excuses peuvent, et ont toujours pu, être alléguées par un accusé rela-

as the accused can raise a reasonable doubt, he is entitled to an acquittal.

In any event, even accepting the proposition stated by the Chief Justice that "where an accused seeks to raise a defence absolving him or her of liability despite proof of *actus reus* and *mens rea* beyond a reasonable doubt, [such as duress, or authorization by law], s. 309(1), like its predecessor, still requires the accused to establish such a defence on a balance of probabilities", this requirement would involve no infringement of s. 11(d) of the *Charter* guaranteeing the right to be presumed innocent unless proven guilty according to law. Defences or excuses of this nature can only be raised where the offence has been proved: see *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539, at p. 544, and see, as well, Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 194. Indeed, as has been observed above, the Chief Justice has limited his concerns specifically to such cases.

Where, then, as in the case at bar, proof of guilt beyond a reasonable doubt is required without the benefit of any presumption before any need for defence arises, s. 11(d) of the *Charter* has not been offended. There has been no denial of the presumption of innocence. It has been overcome by proof according to law or by admissions of the accused, and the defence or excuse which is sought to be raised depends upon that fact. If he is convicted in the face of such a defence, it is not because he has been presumed guilty or because the commission of the crime has not been shown, but because his excuse was rejected after proof of the commission of the offence. An accused raising such a defence or excuse is not seeking relief because of an absence of guilt. He seeks relief despite his commission of the offence. It may be of interest to note that s. 17 of the *Criminal Code*, in defining the defence of compulsion, provides that the accused is "excused for committing the offence" (emphasis added). Where the offence is

tivement à l'infraction en cause exactement de la même manière qu'elles peuvent être invoquées dans le cas de n'importe quelle autre infraction criminelle: si l'accusé parvient à faire naître un doute raisonnable, il a le droit d'être acquitté.

En tout état de cause, même en retenant la proposition avancée par le Juge en chef suivant laquelle, «dans les circonstances où un accusé tente de soulever un moyen de défense dégageant sa responsabilité malgré la preuve d'un *actus reus* et d'une *mens rea* hors de tout doute raisonnable [par exemple, la contrainte ou l'autorisation de la loi], le par. 309(1), comme son prédécesseur, exige toujours que l'accusé établisse une telle défense suivant la prépondérance des probabilités», cette exigence ne constituerait nullement une violation de l'al. 11d) de la *Charte*, qui garantit le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable conformément à la loi. Les défenses ou les excuses de ce genre ne peuvent être invoquées que dans une situation où l'infraction a été prouvée: voir *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539, à la p. 544, et voir en outre Mewett et Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), à la p. 194. De fait, comme je l'ai déjà dit, le Juge en chef s'est seulement occupé de ces cas.

Donc, lorsque, comme en l'espèce, la culpabilité doit être prouvée hors de tout doute raisonnable sans le bénéfice d'une présomption avant de soulever un moyen de défense, il n'y a pas de violation de l'al. 11d) de la *Charte*. On n'est pas privé du bénéfice de la présomption d'innocence. Elle a simplement été renversée par une preuve conforme à la loi ou par des aveux de l'accusé, et c'est de ce fait que dépend le moyen de défense ou l'excuse dont on cherche à se prévaloir. Si, après avoir invoqué une telle défense, l'accusé est déclaré coupable, ce n'est pas parce qu'on l'a présumé coupable ou que la perpétration de l'infraction n'a pas été établie, mais parce que son excuse a été rejetée après qu'on ait prouvé la perpétration de l'infraction. L'accusé qui soulève une telle défense ou excuse ne demande pas d'être déchargé de sa responsabilité parce qu'il n'est pas coupable. Il le demande bien qu'il ait commis l'infraction. Il convient peut-être de faire remarquer que l'art. 17 du *Code criminel*, en définissant le moyen de défense

proved beyond a reasonable doubt, according to law, without the aid of any presumption, I cannot conclude that the accused has been denied the benefit of the presumption of innocence only because his excuse for his commission of the offence is not accepted. I would, accordingly, dismiss the appeal and I would answer the first constitutional question in the negative and not answer the second.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgments of the Chief Justice and McIntyre J. I am in agreement with the interpretation given s. 309(1) of the *Criminal Code* by McIntyre J. So interpreted, the section does not conflict with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, I would dismiss the appeal, answer the first constitutional question in the negative and not answer the second constitutional question.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: C. Jane Arnup, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Paul Monty and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Department of Justice, Regina.

de contrainte, prévoit que l'accusé est «excusé [...] d'avoir commis l'infraction» (je souligne). Lorsque l'infraction a été prouvée hors de tout doute raisonnable conformément à la loi et sans l'aide d'aucune présomption, je ne puis conclure qu'on a refusé à l'accusé le bénéfice d'une présomption d'innocence du simple fait que son excuse pour avoir commis l'infraction n'a pas été acceptée. Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi, de donner à la première question constitutionnelle une réponse négative et de ne pas répondre à la seconde.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du Juge en chef et du juge McIntyre. Je souscris à l'interprétation que le juge McIntyre donne au par. 309(1) du *Code criminel*. Vu cette interprétation, l'article n'entre pas en conflit avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, de répondre à la première question constitutionnelle par la négative et de ne pas répondre à la seconde question.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: C. Jane Arnup, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Paul Monty et Gilles Laporte, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le ministère de la Justice, Regina.

Yves Parisien Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. PARISIEN

File No.: 19131.

1987: October 8; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson,
Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Extradition — International law — Rule of Speciality — Extradition arrangement with a foreign state — Prosecution for crimes listed in extradition request — Immunity for crimes committed before surrender — Reasonable opportunity to return to the requested state — Whether immunity from prosecution perpetual — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, s. 33.

Appellant, a Canadian citizen, was arrested in Brazil after a warrant for arrest on a charge of fraud had been laid against him in Canada. There was no extradition treaty between Canada and Brazil, but an arrangement was entered into by the two countries which provided in particular that no surrender should take place unless the requesting state agreed that the person surrendered would not be imprisoned nor tried for other acts which occurred before the extradition request.

Appellant was surrendered to Canada in respect of five counts of fraud and was tried and sentenced. At the expiry of the sentence, Crown counsel notified appellant that further charges for offences committed prior to his extradition would be proceeded with. On appellant's return to Canada from a visit to Portugal, a new information was sworn charging him with thirty-nine offences.

At the preliminary hearing, the Provincial Court Judge dismissed a motion for a stay of proceedings holding that the prosecution was not contrary to Canada's undertaking to Brazil. An application for prohibition and an order to quash the proceedings were dismissed by the Supreme Court of Ontario. Appellant's appeal to the Court of Appeal was dismissed and leave to appeal to this Court was granted.

Yves Parisien Appellant

c.

a Sa Majesté La Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. C. PARISIEN

N° du greffe: 19131.

b 1987: 8 octobre; 1988: 26 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Extradition — Droit international — Principe de spécialité — Convention d'extradition conclue avec un État étranger — Poursuite visant des crimes inscrits dans la demande d'extradition — Immunité à l'égard des crimes commis avant l'extradition — Occasion raisonnable de retourner dans l'État requis — L'immunité contre la poursuite est-elle perpétuelle? — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 33.

L'appelant, un citoyen canadien, a été arrêté au Brésil après qu'un mandat d'arrestation relatif à une accusation de fraude eut été lancé contre lui au Canada. Aucun traité d'extradition n'a été conclu entre le Canada et le Brésil, mais les deux pays ont conclu une convention qui prévoit en particulier qu'aucune extradition ne doit avoir lieu à moins que l'État qui la réclame ne convienne que la personne qui lui est remise ne sera ni emprisonnée ni jugée pour d'autres actes qui se sont produits avant la demande d'extradition.

L'appelant a été extradé au Canada relativement à cinq chefs d'accusation de fraude, il a subi son procès et a été condamné. À l'expiration de sa peine, l'avocat du ministère public a avisé l'appelant que d'autres accusations fondées sur des infractions commises avant son extradition seraient portées contre lui. Lorsque l'appelant est revenu au Canada après un voyage au Portugal, une nouvelle dénonciation a été faite sous serment l'accusant de trente-neuf infractions.

À l'enquête préliminaire, le juge de la Cour provinciale a rejeté une requête de suspension d'instance en concluant que la poursuite n'était pas contraire à l'engagement du Canada envers le Brésil. La Cour suprême de l'Ontario a rejeté une demande en vue d'obtenir un bref de prohibition et une ordonnance annulant les procédures. L'appel de l'appelant à la Cour d'appel a été rejeté et l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a été obtenue.

At issue is whether a clause in an extradition arrangement with a foreign state, which prohibits Canada, without qualification, from prosecuting a person surrendered to it pursuant to that arrangement for crimes, other than the crimes for which he was surrendered, committed before such surrender forever bars this country from initiating such a prosecution.

Held: The appeal should be dismissed.

Canada's undertaking does not give appellant immunity after he has had a reasonable opportunity to return to Brazil. The arrangement between Canada and Brazil must be read in context and in light of its object and purpose and in light of the general principles of international law. This undertaking was related to the surrender. Brazil had an interest in protecting appellant against the surrender being used for a purpose other than that for which it was made. The undertaking was not breached in this case. Rather appellant chose to remain in Canada following the initial prosecution. To accord him the perpetual immunity he seeks would constitute a significant derogation from Canada's freedom and independence in dealing with its own citizens within its territory, a principle central to the international legal order. The undertaking made to Brazil is related to prosecutions that take place by reason of the surrender of a fugitive to the requesting state, not cases where prosecution becomes possible because the accused decided to stay in the requesting state following such prosecution. Once the accused is no longer here because of the surrender, but rather because he seeks of his own accord to live in Canada and to enjoy the protection of its laws, he owes a duty of allegiance to Canada and is subject to these laws.

Cases Cited

Referred to: *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886); *In re Dilasser* (1952), 19 *Int. Law Rep.* 377 (Venezuela); *R. v. Crux and Polvliet* (1971), 2 C.C.C. (2d) 427 (B.C.C.A.); *The case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Series A, No. 10; *Dunbar and Sullivan Dredging Co. v. The Ship "Milwaukee"* (1907), 11 Ex. C.R. 179; *Novic v. Public Prosecutor of the Canton of Basel-Stadt* (1955), 22 *Int. Law Rep.* 515 (Switzerland); *Hungary and Austria (Extradition) Case* (1929), 5 *Ann. Dig. Pub. Int. Law.* 275 (Hungary S.C.)

Statutes and Regulations Cited

Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 30, 33, 40.

Le présent pourvoi vise à déterminer si une clause contenue dans une convention d'extradition conclue avec un État étranger, qui empêche le Canada, sans plus de précision, de poursuivre une personne qui lui a été livrée aux termes de cette convention pour des crimes autres que ceux pour lesquels elle a été livrée et qui ont été commis avant cette extradition interdit pour toujours au Canada d'engager une telle poursuite.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'engagement du Canada n'accorde pas à l'appellant une immunité après qu'il a eu une occasion raisonnable de retourner au Brésil. L'engagement conclu entre le Canada et le Brésil doit être interprété dans le contexte de son objet et de son but et à la lumière de ceux-ci, de même qu'en tenant compte des principes généraux du droit international. L'engagement visait l'extradition. Il était de l'intérêt du Brésil de protéger l'appellant contre l'utilisation de l'extradition à des fins autres que celles pour lesquelles elle avait eu lieu. L'engagement n'a pas été violé en l'espèce. C'est plutôt l'appellant qui a choisi de demeurer au Canada après la poursuite initiale. Lui accorder l'immunité perpétuelle qu'il cherche à obtenir constituerait une dérogation importante à la liberté et à l'indépendance du Canada en ce qui a trait au traitement de ses propres citoyens sur son territoire, un principe fondamental à l'ordre juridique international. L'engagement pris envers le Brésil se rapporte aux poursuites qui ont lieu en raison de la remise d'un fugitif à l'État requérant et non aux cas où la poursuite devient possible parce que l'accusé décide de demeurer dans l'État requérant après une telle poursuite. Lorsque l'appellant n'est désormais plus au Canada en raison de l'extradition mais plutôt parce qu'il cherche de son propre gré à y vivre et à jouir de la protection de ses lois, il a un devoir d'allégeance envers le Canada et est assujéti à ces lois.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886); *In re Dilasser* (1952), 19 *Int. Law Rep.* 377 (Venezuela); *R. v. Crux and Polvliet* (1971), 2 C.C.C. (2d) 427 (C.A.C.-B.); *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I. Série A, n° 10; *Dunbar and Sullivan Dredging Co. v. The Ship "Milwaukee"* (1907), 11 R.C. de l'É. 179; *Novic v. Public Prosecutor of the Canton of Basel-Stadt* (1955), 22 *Int. Law Rep.* 515 (Suisse); *Hungary and Austria (Extradition) Case* (1929), 5 *Ann. Dig. Pub. Int. Law.* 275 (C.S. Hongrie).

Lois et règlements cités

Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 30, 33, 40.

Authors cited

- Briggs, Herbert Whittaker. *The Law of Nations: cases, documents and notes*. Edited by Herbert W. Briggs, 2nd ed. London: Stevens and Sons, 1953.
- Feller, S. Z. "Reflections on the Nature of the Speciality Principle in Extradition Relations" (1977), 12 *Israel Law Rev.* 466.
- Hackworth, Green Haywood. *Digest of International Law*, vol. IV. Washington: United States Government Printing Office, 1942.
- Harvard Research. *Draft Convention on the Law of Treaties*. James W. Garner Reporter, 1935.
- Vienna Convention on the Law of Treaties*, U.N. Doc. A/Conf. 39/27.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, dismissing appellant's appeal from a judgment of the Supreme Court of Ontario, summarized [1983] Ont. D. Crim. Conv. 5475-09, dismissing appellant's application for a writ of prohibition and a certiorari to quash proceedings. Appeal dismissed.

Yves Parisien, on his own behalf.

Eric Seibenmorgen, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—At issue in this case is the effect of a clause in an extradition arrangement with a foreign state, which prohibits Canada, without qualification, from prosecuting a person surrendered to it pursuant to that arrangement for crimes, other than those for which he was surrendered, committed before such surrender. Specifically, does such a clause forever bar this country from initiating such a prosecution?

Facts

The appellant, a Canadian citizen, was arrested in Brazil on August 18, 1978 at the request of the Canadian government after a warrant for arrest on a charge of fraud had been laid against him in Canada. This was only one of many complaints about his alleged fraudulent activities. On August 29, 1978, four other charges of fraud were laid.

Doctrine citée

- Briggs, Herbert Whittaker. *The Law of Nations: cases, documents and notes*. Edited by Herbert W. Briggs, 2nd ed. London: Stevens and Sons, 1953.
- a* *Convention de Vienne sur le droit des traités*, Doc. N.-U. A/Conf. 39/27.
- Feller, S. Z. «Reflections on the Nature of the Speciality Principle in Extradition Relations» (1977), 12 *Israel Law Rev.* 466.
- b* Hackworth, Green Haywood. *Digest of International Law*, vol. IV. Washington: United States Government Printing Office, 1942.
- Harvard Research. *Draft Convention on the Law of Treaties*. James W. Garner Reporter, 1935.

c POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel de l'appelant contre un jugement de la Cour suprême de l'Ontario, résumé à [1983] Ont. D. Crim. Conv. 5475-09, qui a rejeté la demande de l'appelant en vue d'obtenir un bref de prohibition et un bref de certiorari pour annuler les procédures. Pourvoi rejeté.

Yves Parisien, pour son propre compte.

e *Eric Seibenmorgen*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

f LE JUGE LA FOREST—La question soulevée en l'espèce porte sur l'effet d'une clause contenue dans une convention d'extradition conclue avec un État étranger, qui empêche le Canada, sans plus de précision, de poursuivre une personne qui lui a été livrée aux termes de cette convention pour des crimes autres que ceux pour lesquels elle a été livrée et qui ont été commis avant cette extradition. En particulier, une telle clause interdit-elle pour toujours au Canada d'engager une telle poursuite?

Les faits

L'appelant, un citoyen canadien, a été arrêté au Brésil le 18 août 1978 à la demande du gouvernement canadien après qu'un mandat d'arrestation relatif à une accusation de fraude eut été lancé contre lui au Canada. Il s'agissait seulement de l'une des nombreuses plaintes portant sur ses présumées activités frauduleuses. Le 29 août 1978, quatre autres accusations de fraude ont été portées.

There was no extradition treaty between Canada and Brazil but Brazilian law permits extradition in the absence of treaty where the requesting state offers to reciprocate in respect of fugitives from Brazil. Canada agreed to reciprocate and for that purpose proclaimed Part II of the Canadian *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, to be in effect with respect to Brazil.

The Brazilian law also provides that no surrender shall take place unless the requesting state agrees that the person surrendered will not be imprisoned nor tried for other acts which occurred before the extradition request. By diplomatic note dated January 15, 1980, Canada agreed to this and a number of other conditions. As a result, the appellant was surrendered to Canada on January 25 of that year pursuant to the arrangement to face prosecution on the five counts of fraud. The conditions agreed to, of which only the first and fourth are relevant, are as follows:

The extraditee shall not be handed over unless the State undertakes the following:

I—that the extraditee will not be arrested or tried for other offenses prior to the request for extradition;

II—to calculate the time spent in prison in Brazil as detention awaiting trial, when this time is normally counted for purposes of sentencing;

III—to commute corporal punishment or the death penalty to a penalty of imprisonment, barring, in the case of the death penalty, those instances where Brazilian law permits its application;

IV—that the extraditee will not be handed over to any other State requesting him without the consent of Brazil;

V—that political reasons or motives will not be used to increase the sentence. [Emphasis added.]

Immediately upon the appellant's return to Canada, he was charged with an additional forty-four offences, based on acts committed prior to his extradition. At a preliminary hearing in May, 1980, however, the Crown withdrew the additional charges. The appellant then pleaded guilty to the original five counts and was sentenced to eighteen

Aucun traité d'extradition n'a été conclu entre le Canada et le Brésil, mais le droit brésilien permet l'extradition en l'absence de traité lorsque l'État requérant offre la réciprocité relativement aux fugitifs du Brésil. Le Canada a convenu d'accorder la réciprocité et, à cette fin, a mis en vigueur la partie II de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, à l'égard du Brésil.

Le droit brésilien prévoit également qu'aucune extradition ne doit avoir lieu à moins que l'État requérant ne convienne que la personne extradée ne sera ni emprisonnée ni jugée pour d'autres actes qui se sont produits avant la demande d'extradition. Dans une note diplomatique datée du 15 janvier 1980, le Canada a accepté cette condition ainsi que plusieurs autres. L'appelant a donc été extradé au Canada le 25 janvier de cette année-là en application de la convention pour être traduit en justice relativement à cinq chefs d'accusation de fraude. Voici les conditions qui ont été acceptées et dont seules la première et la quatrième sont pertinentes:

[TRADUCTION] L'extradé ne doit pas être remis à moins que l'État ne s'engage à respecter les conditions suivantes:

I—L'extradé ne sera ni arrêté ni jugé pour d'autres infractions commises avant la demande d'extradition;

II—le temps passé en prison au Brésil sera calculé comme une période de détention préventive, lorsqu'on doit normalement en tenir compte pour déterminer la peine;

III—le châtement corporel ou la peine de mort sera commué en peine d'emprisonnement, sauf, dans le cas de la peine de mort, dans les cas où le droit brésilien permet son application;

IV—l'extradé ne sera pas livré à un autre État qui le réclame sans l'autorisation du Brésil;

V—des raisons ou des motifs politiques ne seront pas utilisés pour augmenter la peine. [Je souligne.]

Dès son retour au Canada, l'appelant a été accusé de quarante-quatre autres infractions, fondées sur des actes commis avant son extradition. Toutefois, à l'enquête préliminaire tenue en mai 1980, le ministère public a retiré les accusations supplémentaires. L'appelant a alors plaidé coupable relativement aux cinq premiers chefs d'accusa-

months imprisonment. He was released on parole on January 26, 1981, and his sentence expired December 29, 1981.

At the preliminary hearing, Crown counsel notified the appellant that with Brazil's consent before the expiration of his sentence, or without Brazil's consent afterwards, the Crown would proceed with the further charges. Canada negotiated with Brazil to obtain its consent, but Brazil refused unless the appellant consented as well. As could be expected, the appellant's consent was not forthcoming.

On April 14, 1982, the appellant left Canada to visit Portugal and returned of his own free will within a month. On May 26, 1982, a new information was sworn charging him with thirty-nine offences, all of which were included in the forty-four charges laid upon the appellant's return to Canada from Brazil. These thirty-nine charges are the basis of these proceedings. On October 19, 1982, two other charges were laid which are not part of these proceedings but will likely be affected by the outcome.

The Courts Below

On February 8, 1983, a preliminary hearing into the thirty-nine charges commenced before Judge S. Harris of the Provincial Court (Criminal Division) for the Judicial District of Ottawa-Carleton, at which time counsel for the appellant moved for a stay of proceedings upon all of the charges. Proceedings in violation of Canada's undertaking would, it was argued, bring the administration of justice into disrepute. The motion was dismissed on May 5, 1983. While Harris Prov. Ct. J. believed he had the power to order a stay and that a stay should issue if the prosecution was contrary to Canada's undertaking to Brazil, he concluded that the prosecution did not breach the undertaking. He examined the Rule of Specialty, an alleged principle of international law relating to extradition, under which a fugitive may only be prosecuted for the offences for which extradition was

tion et a été condamné à dix-huit mois d'emprisonnement. Le 26 janvier 1981, il a été mis en liberté conditionnelle et sa peine a pris fin le 29 décembre 1981.

^a À l'enquête préliminaire, le substitut a avisé l'appelant que les autres accusations seraient portées contre lui avec le consentement du Brésil avant l'expiration de sa peine ou sans le consentement du Brésil après celle-ci. Le Canada a négocié avec le Brésil en vue d'obtenir son autorisation, mais le Brésil a refusé de la donner à moins que l'appelant n'y consente également. Comme on pouvait s'y attendre, l'appelant n'a pas accordé son ^c consentement.

Le 14 avril 1982, l'appelant a quitté le Canada pour aller au Portugal et est revenu de son propre gré moins d'un mois plus tard. Le 26 mai 1982, ^d une nouvelle dénonciation a été faite sous serment l'accusant de trente-neuf infractions qui étaient toutes comprises dans les quarante-quatre accusations portées contre lui lorsqu'il est revenu au ^e Canada en provenance du Brésil. Ce sont ces trente-neuf accusations qui sont en cause en l'espèce. Deux autres accusations ont été portées le 19 octobre 1982; elles ne sont pas visées par la présente instance, mais seront vraisemblablement touchées par son résultat. ^f

Les tribunaux d'instance inférieure

Le 8 février 1983, une enquête préliminaire sur les trente-neuf accusations a débuté devant le juge S. Harris de la Cour provinciale (Division criminelle) du district judiciaire d'Ottawa-Carleton et c'est à ce moment-là que l'avocat de l'appelant a demandé une suspension d'instance à l'égard de toutes les accusations. Il a soutenu que des procédures engagées en violation de l'engagement du Canada seraient susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. La requête a été rejetée le 5 mai 1983. Bien que le juge Harris eût été d'avis qu'il avait le pouvoir d'ordonner une suspension et qu'elle devrait être ordonnée si la poursuite était contraire à l'engagement du Canada envers le Brésil, il a conclu que la poursuite ne violait pas cet engagement. Il a examiné le principe de spécialité, un principe de droit international en matière d'extradition, en vertu duquel un fugitif ne peut

granted unless the states concerned have a special agreement to the contrary or the fugitive consents to prosecution. Harris Prov. Ct. J. was of the view that there was such a principle but that it was qualified in that it only applied until the fugitive had been given a reasonable opportunity to return to the country that surrendered him. In his view, s. 33 of the *Extradition Act* incorporated both the principle and the qualification. He further held that the appellant had been given a reasonable opportunity to return to Brazil. In his view, s. 33 applies to any extradition. The qualification of a reasonable time limit in that provision applies to all extraditions unless an agreement specifically provides otherwise. Since the agreement with Brazil was silent on the point, s. 33 permits the prosecution to take place. To hold otherwise, he stated, would be to give the appellant a perpetual blanket immunity from prosecution which would itself bring the administration of justice into disrepute.

An application for prohibition and an order to quash the proceedings was then made before Southey J. of the Supreme Court of Ontario — Ottawa Motions Court. This application was dismissed: [1983] Ont. D. Crim. Conv. 5475-09. Southey J. noted that the Crown did not dispute that the prosecution should not be permitted if it constituted a breach of Canada's undertaking. However, he did not think the prosecution constituted such a breach. In his view, the undertaking did not provide the appellant with a perpetual immunity. Since the appellant had been given a reasonable opportunity to return to the country from which he was extradited, the undertaking was no longer in effect and the immunity conferred by it had ceased to exist. The undertaking was silent as to duration. It should be construed as an immunity from prosecution that lasted only while the appellant was in Canada pursuant to the extradition and that immunity expired once the appellant was given an opportunity to leave. That interpretation, he added, was consistent with the Rule of Specialty as adopted in s. 33 of the *Extradition Act* and the weight of the authorities on international law. Since the appellant had had a

être poursuivi que pour les infractions qui ont motivé l'extradition à moins que les États visés n'aient conclu une entente spéciale prévoyant le contraire ou que le fugitif ne consente à la poursuite. Selon le juge Harris, un tel principe existe, mais il est restreint dans la mesure où il ne s'applique que lorsqu'on a donné au fugitif une occasion raisonnable de retourner dans le pays dont il a été extradé. À son avis, l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition* incorpore à la fois le principe et la condition. Il a en outre conclu que l'appelant a eu une occasion raisonnable de retourner au Brésil. À son avis l'art. 33 s'applique à toutes les extraditions. La condition que constitue un délai raisonnable dans cette disposition s'applique à toutes les extraditions à moins qu'une entente ne prévoise précisément autre chose. Étant donné que l'entente conclue avec le Brésil ne mentionnait rien à ce sujet, l'art. 33 permet d'intenter la poursuite. Toute autre conclusion aurait selon lui pour effet d'accorder à l'appelant une immunité générale perpétuelle contre les poursuites, ce qui en soi serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Une demande en vue d'obtenir un bref de prohibition et une ordonnance annulant les procédures a été présentée devant le juge Southey de la Cour suprême de l'Ontario—Cour des requêtes d'Ottawa. Cette demande a été rejetée: [1983] Ont. D. Crim. Conv. 5475-09. Le juge Southey a fait remarquer que le ministère public ne contestait pas que la poursuite ne devrait pas être autorisée si elle constituait une violation de l'engagement du Canada. Toutefois, il ne croyait pas que la poursuite constituait une telle violation. À son avis, l'engagement n'accordait pas à l'appelant une immunité perpétuelle. Comme l'appelant avait eu une occasion raisonnable de retourner dans le pays dont il avait été extradé, l'engagement ne s'appliquait désormais plus et l'immunité qu'il conférait avait cessé d'exister. L'engagement ne spécifie pas de durée. Il devrait être interprété comme accordant une immunité contre des poursuites qui ne durera que tant que l'appelant est au Canada par suite de l'extradition, et qui prendra fin lorsque l'appelant aura eu l'occasion de quitter le pays. Il a ajouté que cette interprétation était conforme au principe de spécialité adopté dans l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition* et à l'ensemble de la doctrine

reasonable time and opportunity to leave Canada, the undertaking with Brazil had expired and the prosecution would not constitute a breach of the undertaking.

An appeal to the Court of Appeal of Ontario was dismissed. The Court agreed with the reasons and conclusions of Southey J.

Leave to appeal to this Court was then sought and granted: [1985] 1 S.C.R. xi. The issue raised by the appellant is whether the courts below erred in law "in their appreciation of the Rule of Specialty, its application in Canadian Law and in their interpretation of section 33 of the *Extradition Act* and in the effect to be given to Canada's undertaking to Brazil in this matter".

Analysis

There is no rule of international law that requires states to surrender fugitives from justice within their jurisdiction to countries where they have been accused or convicted of a crime. But the reciprocal advantage of extradition in promoting law enforcement has led states to create a global network of extradition treaties. A number of states have also enacted provisions for the surrender of fugitives even in the absence of a pre-existing treaty. Such, for example, is Part II of the Canadian *Extradition Act*. It was by virtue of this type of legislation that the appellant was surrendered to Canada.

Most treaties are limited to crimes therein listed. This ensures that a state to which a request to surrender a person is made is not obliged to surrender its citizens and other persons within its allegiance and protection for prosecution in the requesting state for behaviour not considered criminal in the requested state. As an adjunct to the practice of restricting extradition to listed crimes, most treaties also provide that the requesting state shall not try or punish the fugitive for any crime committed before the extradition other than that for which the surrender took place. This, I suggest, would be the result in any event. When a

et de la jurisprudence en droit international. Étant donné que l'appelant avait eu suffisamment de temps pour quitter le Canada et une occasion raisonnable de le faire, l'engagement conclu avec le Brésil avait pris fin et les poursuites n'en constituaient pas une violation.

L'appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté. La cour a fait siens les motifs et les conclusions du juge Southey.

L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a alors été demandée et accordée: [1985] 1 R.C.S. xi. La question soulevée par l'appelant est de savoir si les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur de droit [TRADUCTION] «dans leur évaluation du principe de spécialité, dans son application en droit canadien et dans leur interprétation de l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition* et en considérant l'effet à donner à l'engagement conclu entre le Canada et le Brésil en l'espèce».

Analyse

Aucune règle de droit international n'exige qu'un État livre des criminels fugitifs relevant de sa compétence à des pays où ils ont été accusés ou déclarés coupables d'un acte criminel. Toutefois, l'avantage réciproque de l'extradition pour promouvoir l'application des lois a amené les États à créer un réseau global de traités d'extradition. Un certain nombre d'États ont également adopté des dispositions prévoyant la remise des fugitifs même en l'absence de traité préalable. Il s'agit par exemple au Canada de la partie II de la *Loi sur l'extradition*. C'est en vertu de ce genre de texte législatif que l'appelant a été livré au Canada.

La plupart des traités sont limités à des actes criminels qui y sont énumérés. Cette mesure fait en sorte qu'un État auquel on demande l'extradition d'une personne n'est pas tenu de livrer ses citoyens ou d'autres personnes qui lui prêtent allégeance et relèvent de sa protection pour qu'ils soient poursuivis dans l'État requérant relativement à une conduite qui n'est pas considérée comme criminelle dans l'État requis. En plus de la pratique de restreindre l'extradition aux crimes énumérés, la plupart des traités prévoient également que l'État requérant ne doit pas juger ou punir le fugitif pour un crime qui a été commis

state surrenders a fugitive in respect of a particular crime, that surrender must necessarily be subject to an implied condition that the requesting state will not try the fugitive for any other crime previously committed without the permission of the surrendering state; see *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886), at pp. 418, 419-22; *In re Dilasser* (1952), 19 *Int. Law Rep.* 377 (Venezuela). This is seen by some as a customary rule of international law, but it seems to me to arise out of a proper construction of the treaty; see *United States v. Rauscher*, *supra*; see also S. Z. Feller, "Reflections on the Nature of the Speciality Principle in Extradition Relations" (1977), 12 *Israel Law Rev.* 466, at p. 487.

Canada expressly provides that a fugitive shall not be tried or punished for a crime committed before his surrender unless he has been restored or given an opportunity to return to the state that surrendered him. Section 33 of the *Extradition Act* reads as follows:

33. Where any person accused or convicted of an extradition crime is surrendered by a foreign state, in pursuance of any extradition arrangement, he is not, until after he has been restored or has had an opportunity of returning to the foreign state within the meaning of the arrangement, subject, in contravention of any of the terms of the arrangement, to a prosecution or punishment in Canada for any other offence committed prior to his surrender, for which he should not, under the arrangement, be prosecuted.

Section 33 applies not only to surrenders made under formal general treaties, but to those made under informal arrangements as well. Section 2 of the *Extradition Act* broadly defines an "extradition arrangement" as including any arrangement for the surrender of fugitive criminals that applies between Canada and a foreign state, including the kind of *ad hoc* arrangement involved in this case; see *R. v. Crux and Polvliet* (1971), 2 C.C.C. (2d) 427 (B.C.C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1971] S.C.R. viii.

avant l'extradition autre que celui pour lequel on l'a livré. C'est, à mon sens, ce qui se produirait de toute façon. Lorsqu'un État livre un fugitif relativement à un crime particulier, cette remise doit nécessairement être assujettie à la condition implicite que l'État requérant ne jugera pas le fugitif pour un autre crime qui a été commis antérieurement sans la permission de l'État qui livre la personne; voir *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886), aux pp. 418, 419 à 422; *In re Dilasser* (1952), 19 *Int. Law Rep.* 377 (Venezuela). Certains considèrent qu'il s'agit d'une règle coutumière du droit international, mais elle me semble découler de la bonne interprétation du traité; voir *United States v. Rauscher*, précité; voir également S. Z. Feller, «Reflections on the Nature of the Speciality Principle in Extradition Relations» (1977), 12 *Israel Law Rev.* 466, à la p. 487.

Le Canada prévoit expressément qu'un fugitif ne doit pas être jugé ou puni pour un crime commis avant son extradition à moins qu'il ne soit retourné dans l'État qui l'a livré ou qu'on lui ait donné l'occasion de le faire. Voici le texte de l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition*:

33. Un individu accusé ou convaincu d'un crime entraînant l'extradition, qui est livré par un État étranger en vertu de quelque convention d'extradition, n'est pas, jusqu'à ce qu'il soit retourné ou ait eu l'occasion de retourner dans l'État étranger conformément à la convention, exposé, en contravention à quelque-une des conditions de la convention, à une poursuite ou punition au Canada pour une infraction commise avant son extradition et au sujet de laquelle il ne pourrait, en vertu de la convention, être poursuivi.

L'article 33 s'applique non seulement aux extraditions qui ont lieu dans le cadre de traités généraux officiels, mais également à celles qui sont effectuées en vertu de simples conventions. L'article 2 de la *Loi sur l'extradition* définit en termes généraux une «convention d'extradition» comme comprenant toute convention pour l'extradition des criminels fugitifs qui s'applique entre le Canada et un État étranger, y compris le genre de convention *ad hoc* visée en l'espèce; voir *R. v. Crux and Polvliet* (1971), 2 C.C.C. (2d) 427 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi devant cette Cour refusée, [1971] R.C.S. viii.

The appellant maintains, however, that he is immune from prosecution for crimes committed before his extradition even though he has had an opportunity to return to Brazil. Where there is a conflict between the extradition arrangement and s. 33 of the Act, he argues, the arrangement must prevail, and here he says the undertaking in the arrangement not to try or prosecute the appellant says nothing about its termination when the fugitive has had an opportunity to return to the requested state. He draws support for the first part of this proposition from the expression "within the meaning of the arrangement" in s. 33 and from s. 3 of the Act. I am prepared to agree with him that if there is a difference between s. 33 and the undertaking in the arrangement, the arrangement must govern. Section 3 of the Act makes it clear that no provision of Part I of the Act, where s. 33 is found, that is inconsistent with the arrangement has the effect of contravening the arrangement, and that that Part is to be so read and construed as to provide for the execution of the agreement.

Does Canada's undertaking, then, give the appellant immunity even after he has had a reasonable opportunity to return to Brazil? In interpreting this undertaking, it must, as in the case of other terms in international agreements, be read in context and in light of its object and purpose as well as in light of the general principles of international law; see Art. 31 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, U.N. Doc. A/Conf. 39/27; (1969), 63 A.J.I.L. 875. When the arrangement was entered into, the appellant was in Brazil to which he owed local allegiance, and Brazil in turn owed him the correlative duty of protection. In surrendering a person under its protection, Brazil would have an interest in seeing that the surrender was not used for a purpose other than that for which it was made. In short, the undertaking was related to the surrender. The appellant, however, remains in this country no longer as a result of the surrender, but because he chooses to live here. This is not surprising; he is a Canadian citizen. As such, he is entitled to the protection of our laws, but both as a citizen and a resident, he owes allegiance to Canada and is subject to its laws. Brazil exercised its duty of protection by securing the appellant

Toutefois, l'appelant soutient qu'il jouit d'une immunité contre les poursuites à l'égard des crimes commis avant son extradition même s'il a eu l'occasion de retourner au Brésil. Il soutient que lorsqu'il existe un conflit entre la convention d'extradition et l'art. 33 de la Loi, la convention doit prévaloir et, à son avis, en l'espèce, l'engagement pris dans la convention de ne pas juger ni poursuivre l'appelant ne prévoit pas qu'il prend fin lorsque le fugitif a eu l'occasion de retourner dans l'État requis. Il appuie la première partie de son argument sur l'expression «conformément à la convention» dans l'art. 33 et de l'art. 3 de la Loi. Je suis prêt à convenir avec lui que s'il existe une différence entre l'art. 33 et l'engagement contenu dans la convention, celle-ci doit prévaloir. L'article 3 de la Loi énonce clairement que nulle disposition de la partie I de la Loi, où se trouve l'art. 33, incompatible avec la convention n'a d'effet à l'encontre de celle-ci et que cette partie doit être interprétée de façon à faciliter l'exécution de la convention.

Alors l'engagement du Canada accorde-t-il à l'appelant une immunité même s'il a eu une occasion raisonnable de retourner au Brésil? Comme dans le cas d'autres conditions dans les conventions internationales, cet engagement doit être interprété dans le contexte de son objet et de son but et à la lumière de ceux-ci de même qu'en tenant compte des principes généraux du droit international; voir art. 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, Doc. N.-U. A/Conf. 39/27; Michel Lebel, José Woehling, Francis Rigaldies. *Droit international public: Notes et Documents*, t. 1, 2^e éd. Montréal: Thémis, 1978, à la p. 93. Lorsque l'entente a été conclue, l'appelant se trouvait au Brésil auquel il devait une allégeance locale et le Brésil en retour était tenu envers lui d'une obligation corrélatrice de protection. En livrant une personne sous sa protection, le Brésil a intérêt à ce que l'extradition ne soit pas utilisée pour une fin autre que celle pour laquelle elle a eu lieu. En résumé, l'engagement se rapportait à l'extradition. Toutefois, l'appelant ne demeure désormais plus au Canada par suite de l'extradition, mais parce qu'il a choisi de vivre ici. Ce n'est pas surprenant; il est citoyen canadien. Comme tel, il a droit à la protection de nos lois,

against prosecutions for crimes other than those for which he was surrendered. But once the appellant is no longer here because of the surrender but rather because he seeks of his own accord to live in Canada and to enjoy the protection of our laws, he owes a duty of allegiance to Canada and is subject to those laws. There can be no doubt, of course, that the appellant in this case chose to stay in Canada. He was actually out of the country for a time and returned here despite the earlier warning that he would be prosecuted for the offences for which he is now charged.

To accord the appellant the perpetual immunity he seeks would constitute a significant derogation from Canada's freedom and independence in dealing with its own citizens within its territory. The freedom and independence of states is central to the international legal order and such restrictions are not to be presumed; see *The case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Series A, No. 10. In particular, absent clear intentions, it is generally agreed that in construing treaties and international agreements, "that interpretation should be adopted which involves the minimum obligation for the parties and which is most favourable to the freedom and independence of States"; see Harvard Research, *Draft Convention on the Law of Treaties* (1935, James W. Garner Reporter), p. 940; see also Herbert W. Briggs, *The Law of Nations* (2nd ed.), p. 898. Consistently with this, Judge Hodgins in *Dunbar and Sullivan Dredging Co. v. The Ship "Milwaukee"* (1907), 11 Ex. C.R. 179 at p. 188, expressed the following proposition as a long established rule of international law: "That no independent sovereignty is to be construed to contract itself, by implication, out of its fundamental sovereign rights . . ."

In the light of the foregoing, I have no difficulty in concluding that the undertaking made to Brazil is related to prosecutions which can take place by

mais, à titre de citoyen et de résident, il doit allégeance au Canada et est assujéti à ses lois. Le Brésil a exercé son obligation de protection en garantissant que l'appelant ne serait pas poursuivi pour des crimes autres que ceux pour lesquels il était extradé. Cependant, lorsque l'appelant ne se trouve plus au Canada en raison de l'extradition mais plutôt parce qu'il cherche de son propre gré à y vivre et à jouir de la protection de nos lois, il a un devoir d'allégeance envers le Canada et est assujéti à ces lois. Évidemment, il n'y a aucun doute que, en l'espèce, l'appelant a choisi de demeurer au Canada. En fait, il a quitté le pays pendant un certain temps et y est revenu bien qu'on l'ait averti qu'il serait poursuivi pour les infractions dont il est maintenant accusé.

Accorder à l'appelant l'immunité perpétuelle qu'il cherche à obtenir constituerait une dérogation importante à la liberté et à l'indépendance du Canada en ce qui a trait au traitement de ses propres citoyens sur son territoire. La liberté et l'indépendance des États est au cœur de l'ordre juridique international et de telles restrictions ne doivent pas être présumées; voir l'*Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I. Série A, n° 10. En particulier, en l'absence d'intentions claires, il est généralement reconnu que, dans l'interprétation des traités et des accords internationaux, [TRADUCTION] «l'interprétation qui doit être adoptée est celle qui comporte l'obligation minimale envers les parties et qui est la plus favorable à la liberté et à l'indépendance des États»; voir Harvard Research, *Draft Convention on the Law of Treaties* (1935, James W. Garner Reporter), à la p. 940; voir également Herbert W. Briggs, *The Law of Nations* (2nd ed.), à la p. 898. Conformément à ce principe, le juge Hodgins dans l'arrêt *Dunbar and Sullivan Dredging Co. v. The Ship «Milwaukee»* (1907), 11 R.C. de l'É. 179, à la p. 188, a énoncé la proposition suivante comme règle de droit international bien établie: [TRADUCTION] «On ne doit jamais déduire qu'un État souverain indépendant a renoncé par convention à ses droits fondamentaux souverains . . .»

Compte tenu de ce qui précède, il ne m'est pas difficile de conclure que l'engagement pris envers le Brésil se rapporte aux poursuites qui peuvent

reason of the surrender of a fugitive to the requesting state, not to cases where prosecution becomes possible because the accused decides to stay in the requesting state following such prosecution. It would require clear terms to persuade me otherwise, for the view proposed by the appellant would lead to absurd results. The approach I am taking, I might add, is consistent with all the cases from different nations that have been brought to our attention; see *United States v. Rauscher, supra*, (United States); *In re Dilasser, supra*, (Venezuela); *Novic v. Public Prosecutor of the Canton of Basel-Stadt* (1955), 22 *Int. Law Rep.* 515 (Switzerland); *Hungary and Austria (Extradition) Case* (1929), 5 *Ann. Dig. Pub. Int. Law.* 275 (Hungary); see also Hackworth Green H., *Digest of International Law*, vol. IV, pp. 232 *et seq.*, esp. at pp. 235-36 (Germany).

The position in the present case is further strengthened by the fact that Canada also undertook not to surrender the appellant to any other state without the consent of Brazil. This condition is not limited to crimes committed before the extradition. Why would one think Brazil would wish to impose such an obligation on Canada in perpetuity? That condition bespeaks instead the idea that Canada's undertakings are to be limited to the period attributable to the surrender.

I do not attach any importance to the fact that many extradition treaties, including a majority of those applicable to Canada, expressly add a limitation to the specialty clause to the effect that the fugitive must be given an opportunity to return. In view of the principles above enunciated, I look at these additional words as having been added for clarification or out of an abundance of caution. Some of the treaties, in fact, set forth specific periods for return. Apart from such specificity, it should be remembered, a specialty clause would in strictness seem unnecessary except to give directions to law enforcement and other officials.

The appellant suggested that in some countries an extraditee may appear to have been given an opportunity to leave the country when in fact covert coercion may have been used to deny such

avoir lieu en raison de la remise d'un fugitif à l'État requérant et non aux cas où des poursuites deviennent possibles parce que l'accusé décide de demeurer dans l'État requérant par la suite. Il faudrait des termes clairs pour me persuader du contraire, car le point de vue défendu par l'appellant aurait des résultats absurdes. Qu'on me permette d'ajouter que la position que j'adopte est conforme à la jurisprudence de différents pays qui nous a été soumise; voir *United States v. Rauscher*, précité (États-Unis); *In re Dilasser*, précité, (Venezuela); *Novic v. Public Prosecutor of the Canton of Basel-Stadt* (1955), 22 *Int. Law Rep.* 515 (Suisse); *Hungary and Austria (Extradition) Case* (1929), 5 *Ann. Dig. Pub. Int. Law.* 275 (Hongrie); voir également Hackworth Green H., *Digest of International Law*, vol. IV, aux pp. 232 et suiv., en particulier aux pp. 235 et 236 (Allemagne).

En outre, le fait que le Canada s'est également engagé à ne pas livrer l'appellant à un autre État sans l'autorisation du Brésil renforce la position adoptée en l'espèce. Cette condition ne se limite pas aux crimes commis avant l'extradition. Pourquoi pourrait-on croire que le Brésil aurait voulu imposer une telle obligation au Canada à perpétuité? Cette condition fait plutôt ressortir l'idée que les engagements du Canada doivent être limités à la période relative à l'extradition.

Je n'attache pas d'importance au fait qu'un grand nombre de traités d'extradition, y compris la majorité de ceux qui s'appliquent au Canada, ajoutent une restriction expresse à la clause de spécialité pour qu'on donne au fugitif l'occasion de retourner dans le pays requis. Compte tenu des principes énoncés précédemment, je considère que ces termes ont été ajoutés à des fins de clarification ou à titre de précaution supplémentaire. En fait, certains traités fixent des délais précis pour le retour. Outre ces détails, il convient de se rappeler qu'une clause de spécialité ne semblerait pas strictement nécessaire, sauf pour donner des indications aux autorités.

L'appellant a avancé que, dans certains pays, il peut sembler qu'un extradé a eu l'occasion de quitter le pays alors qu'en fait on a utilisé la contrainte indirecte pour l'en priver, et que les

an opportunity, and that specialty clauses containing no limitation may be aimed at preventing such abuses. I doubt if this argument can be given any weight. Extradition treaties are based on mutual trust between sovereign powers. What is more, it is difficult to understand why states chose one form of specialty clause rather than another. It may be owing to the vagaries of negotiation, and because a particular type of clause is traditionally used by particular countries. Among the countries with which Canada has treaties with specialty clauses containing no reasonable or specific time limits are France and Switzerland. Why we should wish to have stricter safeguards in our dealings with these friendly nations than with other countries is difficult to imagine. In this context, it is interesting that in *Novic, supra*, the Supreme Court of Switzerland ordered the extradition of a fugitive to France despite the unqualified character of the specialty clause in question in that case. The court there relied on the fact that the law in each country provided a period of protection to a fugitive of only one month, but I would tend to view this as a recognition by those states that immunity from prosecution following extradition is related to the surrender and is not intended to last forever.

The appellant also drew attention to the fact that, whereas s. 33 of the *Extradition Act* contemplates return within a reasonable time, s. 40, in Part II of the Act, makes no reference to the fact that this assurance terminates when the accused has had a reasonable opportunity to return. The latter section simply provides that no surrender from Canada shall take place in the absence of a treaty unless the foreign state gives an assurance that the person surrendered shall not be tried for any offence other than the one for which he is surrendered. As I see it, however, the reason for this distinction is as follows. Section 33 is intended to instruct and direct prosecutors and courts in Canada to ensure that Canada complies with its ordinary international obligations. Section 40, on the other hand, is there to ensure that a surrender

clauses de spécialité ne prévoient aucune restriction pourraient être destinées à prévenir de tels abus. Je doute que l'on puisse accorder quelque valeur à cet argument. Les traités d'extradition sont fondés sur la confiance mutuelle entre des États souverains. Qui plus est, il est difficile de comprendre pourquoi les États choisissent une forme de clause de spécialité plutôt qu'une autre. Cela peut dépendre des caprices de la négociation et du fait qu'un genre de clause en particulier est traditionnellement employé par certains pays. La France et la Suisse, par exemple, font partie des pays avec lesquels le Canada a conclu des traités qui contiennent des clauses de spécialité ne prévoyant aucun délai raisonnable ou précis. Il est difficile d'imaginer pourquoi nous souhaiterions avoir des garanties plus strictes dans nos relations avec ces pays amis qu'avec d'autres pays. Dans ce contexte, il est intéressant de noter que dans l'arrêt *Novic*, précité, la Cour suprême de la Suisse a ordonné l'extradition d'un fugitif en France malgré le caractère large de la clause de spécialité en cause dans cette affaire. Dans cet arrêt la cour s'est fondée sur le fait que le droit dans chaque pays prévoit une période de protection de seulement un mois à l'égard d'un fugitif, mais j'aurais tendance à considérer cette opinion comme une reconnaissance par ces États du fait que l'immunité en matière de poursuite après une extradition se rapporte à la remise et n'est pas censée durer pour toujours.

L'appelant a également attiré notre attention sur le fait que, bien que l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition* envisage le retour dans un délai raisonnable, l'art. 40, dans la partie II de la Loi, ne mentionne pas le fait que cette assurance prend fin lorsque l'accusé a eu une occasion raisonnable de retourner dans le pays d'où il a été extradé. Ce dernier article prévoit simplement qu'aucune extradition du Canada ne doit avoir lieu en l'absence d'un traité à moins que l'État étranger ne donne l'assurance que la personne extradée ne sera pas jugée pour une autre infraction que celle pour laquelle elle est extradée. Toutefois, à mon avis, les motifs à l'appui de cette distinction sont les suivants. L'article 33 s'adresse aux substituts des procureurs généraux et aux tribunaux au Canada pour assurer que le Canada respecte ses obliga-

made by Canada in the absence of a treaty is not used as a means to prosecute a person within its protection for crimes other than those for which that person is surrendered. But if a fugitive decides to stay in the foreign country of his own volition following prosecution for the crime for which he was surrendered by Canada, then he must take the law of the foreign country as he finds it. In the absence of clear words, the assurance must be looked upon as being related to the surrender.

Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Yves Parisien on his own behalf.

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

tions internationales ordinaires. Par contre, l'art. 40 a pour but de veiller à ce qu'une extradition faite par le Canada en l'absence d'un traité ne soit pas utilisée comme un moyen pour poursuivre une personne qu'il protège pour des crimes autres que ceux pour lesquels cette personne est extradée. Toutefois, si un fugitif décide de demeurer dans le pays étranger de son propre gré après des poursuites relatives au crime pour lequel il a été extradé par le Canada, il doit alors prendre le droit en vigueur dans le pays étranger tel qu'il est. En l'absence de termes clairs, l'assurance doit être considérée comme liée à l'extradition.

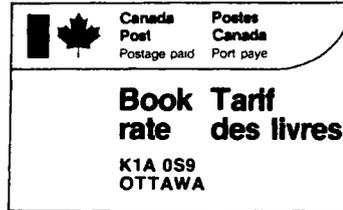
c Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

d Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Yves Parisien pour son propre compte.

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



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1988 Vol. 1

6^e cahier, 1988 Vol. 1

Cited as [1988] 1 S.C.R. 963-1089

Renvoi [1988] 1 R.C.S. 963-1089

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1988.

CONTENTS

Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault 1033

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Dismissal of complaint for illegal practice of medicine — Appeal by way of trial de novo from acquittal — Whether appeal by way of trial de novo mentioned in ss. 75 and 78 of Summary Convictions Act infringes s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement saved by s. 1 of Charter — Meaning of phrase “finally acquitted”.

Constitutional law — Charter of Rights — Scope — Double jeopardy — Appeal by way of trial de novo from acquittal — Appeal dismissed before Canadian Charter of Rights and Freedoms came into effect — Charter in effect at time plea of autrefois acquit raised — Whether accused can claim protection of s. 11(h) of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Scope — Exception by express provision — Expiry of five-year period after exception clause came into effect — Exception clause not applicable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, s. 132.

Appeal — Appeal by way of trial de novo — Whether appeal by way of trial de novo inconsistent with s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, ss. 75, 78.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtiistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1988.

SOMMAIRE

Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault 1033

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Rejet d'une plainte pour pratique illégale de la médecine — Appel par voie de procès de novo de l'acquittement — L'appel par voie de procès de novo prévu aux art. 75 et 78 de la Loi sur les poursuites sommaires viole-t-il l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés — Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Sens de l'expression «définitivement acquitté».

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Double péril — Appel par voie de procès de novo d'un acquittement — Appel interjeté avant l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés — Charte en vigueur au moment où le plaidoyer d'autrefois acquit est soulevé — Le prévenu peut-il réclamer la protection de l'art. 11h) de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Expiration de la période de cinq ans après l'entrée en vigueur de la clause dérogatoire — Clause dérogatoire sans effet — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15, art. 132.

Appel — Appel par voie de procès de novo — L'appel par voie de procès de novo d'un acquittement est-il incompatible avec l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15, art. 75, 78.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) 1061

Bankruptcy — Debt priority — Liquidation of property of bankrupt in possession of secured creditor outside bankruptcy — Whether to apply provisions of Bankruptcy Act indicating order of priority for payment of creditors or provisions of provincial law governing order of collocation — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 47, 49(2), 107 — Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3, s. 110(1).

Hydro-Québec v. Churchill Falls (Labrador) Corp. 1087

Appeal — Interpretation of a contract for the provision of hydro-electric energy — Appeal moot in view of this Court's judgment: Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp.

Insurance Corporation of British Columbia v. Fredrikson 1089

Insurance — Assignments — Legal actions — Insurance company settling claim for an amount exceeding policy limits contrary to instructions — Insured assigning cause of action for failure to defend the action properly — Assignment valid.

New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G. C.) 1073

Family law — Guardianship order — Best interests of children — Moral turpitude and naming of prospective adoptive parents not among elements set out by statute for determining child's best interests — Whether Court of Appeal properly substituted custody order for guardianship order — Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 53(2), 56(1).

Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp. 1085

Contracts — Interpretation — Statutory lease — Clause 2(e) of Part I of lease properly construed by Court of Appeal and Trial Division.

Northern Telecom Ltd. v. Cormier 996

Municipal law — Real estate assessment — Amendment of assessment roll — Mandamus — Assessment roll deposited for municipal fiscal year 1980 — Roll prepared in accordance with provisions of legislation prior to the new Act on municipal taxation — Refusal by assessor to amend assessment roll to take into account median proportion mentioned in new Act — Whether assessor refused to perform duty imposed on him by new Act — Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, S.Q. 1979, c. 72, ss. 42, 147, 264, 531.

R. v. Francis 1025

Constitutional law — Indians — Paramountcy — Highway traffic regulation on reserves — Conviction under provincial legislation for offence occurring on Indian reserve — Provincial legislation not inconsistent with federal regulations — Whether or not provincial legislation applicable — Motor Vehicle Act, R.S.N.B. 1973, c. M-17, s. 167(b) — Indian Act, R.S.C. 1970,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) 1061

Faillite — Priorité des créances — Liquidation de l'immeuble du failli en possession d'un créancier garanti en dehors du cadre de la faillite — Doit-on appliquer les dispositions de la Loi sur la faillite prévoyant l'ordre de priorité de paiement des créanciers ou les dispositions du droit provincial régissant l'ordre de collocation? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 47, 49(2), 107 — Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3, art. 110(1).

Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp. 1087

Appel — Interprétation d'un contrat d'énergie hydro-électrique — Pourvoi sans objet vu l'arrêt de cette Cour: Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls (Labrador) Corp.

Insurance Corporation of British Columbia c. Fredrikson 1089

Assurance — Cessions — Poursuite judiciaires — Réclamation réglée par la compagnie d'assurance pour un montant supérieur aux limites stipulées dans la police contrairement aux instructions — Cession de la cause d'action par l'assuré vu la défense inappropriée de l'action — Cession valide.

Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G. C.) 1073

Droit de la famille — Ordonnance de tutelle — Intérêt supérieur des enfants — Turpitude morale et désignation des parents adoptifs possibles non comprises parmi les éléments énoncés par la loi pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de remplacer l'ordonnance de tutelle par une ordonnance de garde? — Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, chap. F-2.2, art. 1, 53(2), 56(1).

Northern Telecom Ltée c. Cormier 996

Droit municipal — Évaluation foncière — Modification du rôle d'évaluation — Mandamus — Rôle d'évaluation déposé pour l'exercice financier municipal de 1980 — Rôle préparé suivant les dispositions de la législation antérieure à la nouvelle loi sur la fiscalité municipale — Refus du commissaire à l'évaluation de modifier le rôle d'évaluation pour tenir compte de la proportion médiane prévue dans la nouvelle loi — Le commissaire a-t-il refusé d'accomplir un devoir que la nouvelle loi lui impose? — Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, L.Q. 1979, chap. 72, art. 42, 147, 264, 531.

R. c. Francis 1025

Droit constitutionnel — Indiens — Prépondérance — Réglementation de la circulation routière dans les réserves — Déclaration de culpabilité aux termes d'une loi provinciale pour une infraction survenant dans une réserve indienne — Compatibilité de la loi provinciale avec le règlement fédéral — La loi provinciale est-elle applicable? — Loi sur les véhicules à moteur, L.R.N.-B. 1973, chap. M-17, art. 167(b) — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 73(1)c), 88 — Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes, C.R.C. 1978, chap. 959, art. 6.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

c. I-6, ss. 73(1)(c), 88 — Indian Reserve Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 959, s. 6.

Indians — Reserves — Highway traffic regulation on reserves — Provincial legislation not inconsistent with federal regulations — Whether or not provincial legislation applicable.

R. v. Stewart 963

Criminal law — Theft and fraud of information — Hotel employee contacted by accused to obtain the names, addresses and telephone numbers of hotel employees — Information sought confidential to the hotel — Whether accused's conduct constitutes counselling theft or fraud — Whether "anything" in s. 283(1) of the Criminal Code includes confidential information — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 338(1).

R. v. Upston 1083

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel — Appellant not informed of right on initial detention — Evidence given voluntarily after being informed of right to counsel — Evidence not obtained in manner breaching a Charter right within meaning of s. 24 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24.

R. v. Vermette 985

Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair trial — Remedies — Motion for stay of proceedings pursuant to s. 24 of the Charter — Widely reported speech in National Assembly respecting accused's defence and credibility of a witness — Whether right to fair trial jeopardized — Whether stay of proceedings should be upheld — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).

Sacchetti v. Lockheimer 1049

Registration — Subdivision — Original lots subdivided — Subdivision effective from deposit in Registry Office of plan and book of reference approved by Minister — Subdivision valid notwithstanding registrar's failure to enter subdivisions on index of original lots — Subdivided lots unaffected by registrations made against original lots after subdivision took effect — Civil Code, arts. 2168, 2175 — Cadastre Act, R.S.Q. 1977, c. C-1, ss. 14, 15.

Registration — Subdivision — Subdivision not being a real right, subject to no registration requirement — General rules of registration under arts. 2082, 2083 and 2085 C.C. inapplicable — Civil Code, arts. 2082, 2083, 2085, 2175 — Cadastre Act, R.S.Q. 1977, c. C-1, s. 14.

Appeal — Cross-appeal — Motion made at hearing — Motion dismissed as tardy.

SOMMAIRE (Suite)

Indiens — Réserves — Réglementation de la circulation routière dans les réserves — Compatibilité de la loi provinciale avec le règlement fédéral — La loi provinciale est-elle applicable?

R. c. Stewart 963

Droit criminel — Vol et fraude visant des renseignements — Contact de l'accusé avec un employé d'hôtel pour obtenir les noms, adresses et numéros de téléphone des employés de l'hôtel — Renseignements demandés traités comme confidentiels par l'hôtel — La conduite de l'accusé constitue-t-elle l'infraction de conseiller de commettre un vol ou une fraude? — L'expression «une chose quelconque» employée à l'art. 283(1) du Code criminel comprend-elle les renseignements confidentiels? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283(1), 338(1).

R. c. Upston 1083

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Appellant non informé de ce droit lors de sa détention initiale — Témoignage volontaire après avoir été informé du droit à l'assistance d'un avocat — Preuve obtenue sans violer un droit garanti par la Charte au sens de l'art. 24 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b), 24.

R. c. Vermette 985

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès équitable — Réparations — Requête en suspension d'instance fondée sur l'art. 24 de la Charte — Grande diffusion d'un discours prononcé devant l'Assemblée nationale portant sur la défense de l'accusé et sur la crédibilité d'un témoin — Y a-t-il eu atteinte au droit à un procès équitable? — La suspension d'instance doit-elle être maintenue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), 24(1).

Sacchetti c. Lockheimer 1049

Enregistrement — Subdivision — Lots originaires subdivisés — Subdivision en vigueur à compter du dépôt au bureau d'enregistrement des plan et livre de renvoi approuvés par le ministre — Subdivision valide nonobstant l'omission du registrateur de faire une entrée des subdivisions sur les lots originaires — Enregistrements sur les lots originaires après l'entrée en vigueur de la subdivision n'affectant pas les lots subdivisés — Code civil, art. 2168, 2175 — Loi sur le cadastre, L.R.Q. 1977, chap. C-1, art. 14, 15.

Enregistrement — Subdivision — Une subdivision n'est pas un droit réel et n'a pas à être enregistrée — Règles générales de l'enregistrement énoncées aux art. 2082, 2083 et 2085 C.c. inapplicables — Code civil, art. 2082, 2083, 2085, 2175 — Loi sur le cadastre, L.R.Q. 1977, chap. C-1, art. 14.

Appel — Pourvoi incident — Requête présentée à l'audition — Requête rejetée pour tardiveté.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

**Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls
(Labrador) Corp. 1085**

Contrats — Interprétation — Bail législatif — Clause 2e) de la
partie I du bail interprétée correctement par la Cour d'appel et
la Division de première instance.

Wayne John Stewart *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. STEWART

File No.: 17827.

1987: December 1; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Theft and fraud of information — Hotel employee contacted by accused to obtain the names, addresses and telephone numbers of hotel employees — Information sought confidential to the hotel — Whether accused's conduct constitutes counselling theft or fraud — Whether "anything" in s. 283(1) of the Criminal Code includes confidential information — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 338(1).

The accused was hired to obtain the names, addresses and telephone numbers of the hotel's employees by someone he assumed was associated with a union seeking to organize the employees of that hotel. The accused contacted a security guard at the hotel and offered him money for that information. According to the agreed statement of facts, no physical object would have been taken had the scheme been carried out. The security guard was not authorized to access the personnel files, payroll print-outs or any hotel record and knew that the hotel had refused to divulge that information, considered confidential, to the union. The security guard reported the incident and the accused was charged with counselling a hotel employee to commit fraud and theft of information. He was acquitted at trial, but on appeal, the Court of Appeal set aside the acquittal and entered a conviction on the charge of counselling the indictable offence of theft. This appeal is to determine (1) whether confidential information can be the object of theft under s. 283(1) of the *Criminal Code*; and (2) whether the appropriation of the information would have amounted to fraud contrary to s. 338(1) of the *Code*?

Held: The appeal should be allowed.

* Estey J. took no part in the judgment.

Wayne John Stewart *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. STEWART

N° du greffe: 17827.

1987: 1^{er} décembre; 1988: 26 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Droit criminel — Vol et fraude visant des renseignements — Contact de l'accusé avec un employé d'hôtel pour obtenir les noms, adresses et numéros de téléphone des employés de l'hôtel — Renseignements demandés traités comme confidentiels par l'hôtel — La conduite de l'accusé constitue-t-elle l'infraction de conseiller de commettre un vol ou une fraude? — L'expression «une chose quelconque» employée à l'art. 283(1) du Code criminel comprend-elle les renseignements confidentiels? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283(1), 338(1).

L'accusé a été engagé pour obtenir une liste des noms, adresses et numéros de téléphone des employés de l'hôtel par une personne qui, a-t-il supposé, avait des liens avec un syndicat qui cherchait à syndiquer les employés. Il a pris contact avec un gardien de sécurité à l'hôtel et lui a offert de l'argent pour ces renseignements. Selon l'exposé conjoint des faits, aucun objet tangible n'aurait été pris si le plan avait été exécuté. Le gardien de sécurité n'était autorisé à consulter ni les dossiers du personnel, ni l'imprimé contenant la liste de paye ni les autres registres de l'hôtel et il savait que l'hôtel avait refusé de divulguer au syndicat ces renseignements considérés comme confidentiels. Le gardien de sécurité a signalé cet incident et l'accusé a été inculpé d'avoir conseillé à un employé de l'hôtel de commettre une fraude et un vol d'information. Il a été acquitté au procès mais, en appel, la Cour d'appel a annulé l'acquittement et a inscrit une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'avoir conseillé de commettre l'acte criminel de vol. Le pourvoi vise à déterminer (1) si des renseignements confidentiels peuvent faire l'objet d'un vol au sens du par. 283(1) du *Code criminel*, et (2) si l'appropriation de ces renseignements aurait constitué une fraude aux fins du par. 338(1) du *Code*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

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

This case does not deal with the theft of a list or any other tangible object containing confidential information, but with the theft of confidential information *per se*, a pure intangible. Although the word “anything” is not in itself a bar to including any intangible, whatever its nature, its meaning must be determined within the context of s. 283(1) of the *Code*. The wording of that section restricts the meaning of “anything” in two ways: first, whether tangible or intangible, “anything” must be of a nature such that it can be the subject of a proprietary right; and second, the property must be capable of being taken or converted in a manner that results in the deprivation of the victim. Confidential information does not fall within that definition. Confidential information does not qualify as property for the purposes of s. 283 of the *Code*. If protection is warranted for such information, it should be granted through legislative enactment and not through the extension of the concept of property or of the scope of the theft provision under the *Code*. Further, except in very unusual circumstances, confidential information is not of a nature such that it can be taken or converted. Information *per se* cannot be the subject of a taking. As for conversion, if one appropriates confidential information without taking a physical object evidencing it, the alleged owner is not deprived of the use or possession of the information but only of the confidentiality thereof. Since there is no deprivation, there can be no conversion. Confidentiality cannot be the subject of theft because it does not fall within the meaning of “anything” in s. 283(1).

The unauthorized reproduction of copyrighted information, like the employer’s list, constitutes an infringement of copyright under s. 17 of the *Copyright Act* but does not constitute theft under the criminal law. The rights provided in the *Copyright Act* cannot be taken or converted as their owner would never suffer deprivation.

The accused’s conduct did not amount to fraud. The element of “defraud” in s. 338(1) of the *Code* is established by proving a dishonest deprivation. The proof of a risk of prejudice to the economic interests of the victim is sufficient evidence of the deprivation; actual economic loss is not essential. In this case, the appropriation of information would not have resulted in a risk of economic loss amounting to deprivation. The hotel had no intention of dealing in a commercial way with the

Ce dont il s’agit en l’espèce n’est pas le vol d’une liste ou d’un autre objet tangible contenant des renseignements confidentiels, mais le vol de renseignements confidentiels tout simplement, donc quelque chose de purement intangible. Bien que l’expression «une chose quelconque» ne constitue pas en soi un empêchement à l’inclusion de toute chose intangible, quelle que soit sa nature, c’est dans le contexte du par. 283(1) du *Code* que son sens doit être déterminé. Le texte de ce paragraphe apporte une double restriction au sens de l’expression «une chose quelconque»: en premier lieu, qu’elle soit tangible ou intangible, «une chose quelconque» doit être de nature telle qu’elle peut faire l’objet d’un droit de propriété et, en second lieu, il faut que le bien en question soit susceptible d’être pris ou détourné d’une manière qui occasionne une privation à la victime. Les renseignements confidentiels ne relèvent pas de cette définition. Ils ne sont pas des biens aux fins de l’art. 283 du *Code*. La protection de ces renseignements, si elle est justifiée, doit être accordée au moyen d’un texte législatif plutôt que par l’élargissement de la notion de biens ou de la portée de la disposition du *Code* relative au vol. De plus, mis à part certaines circonstances très exceptionnelles, les renseignements confidentiels ne sont pas de par leur nature susceptibles d’être pris ou détournés. Les renseignements en eux-mêmes ne peuvent pas être pris. Pour ce qui est du détournement, si l’on s’approprie des renseignements confidentiels sans s’emparer d’un objet matériel en constatant l’existence, le prétendu propriétaire ne se voit privé ni de l’usage ni de la possession de ces renseignements mais seulement de leur confidentialité. Puisqu’il n’y a pas de privation, il ne peut y avoir de détournement. La confidentialité ne peut faire l’objet d’un vol parce qu’elle ne relève pas de l’expression «une chose quelconque» employée au par. 283(1).

La reproduction non autorisée d’information faisant l’objet d’un droit d’auteur, comme la liste appartenant à l’employeur, constitue une violation du droit d’auteur au sens de l’art. 17 de la *Loi sur le droit d’auteur*, mais il ne s’agit nullement d’un vol en droit criminel. Les droits accordés par la *Loi sur le droit d’auteur* ne peuvent être pris ni détournés, car leur propriétaire n’en subirait jamais une privation.

La conduite de l’accusé ne constituait pas une fraude. On établit l’élément de frustration que requiert le par. 338(1) du *Code* en prouvant l’existence d’une privation malhonnête. La preuve que les intérêts économiques de la victime risquent de subir un préjudice suffit pour démontrer la privation; il n’est pas nécessaire qu’il y ait une perte économique réelle. En l’espèce, l’appropriation des renseignements en question n’aurait pas entraîné un risque de perte économique constituant une privation.

confidential information. The hotel would not have been defrauded of money or of any economic advantage; all that it stood to lose was the confidentiality of the information.

Cases Cited

Applied: *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Scallen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 441; *R. v. Hardy* (1980), 57 C.C.C. (2d) 73; **considered:** *R. v. Offley* (1986), 28 C.C.C. (3d) 1; **referred to:** *R. v. Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340; *Aas v. Benham*, [1891] 2 Ch. 244; *Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co.*, [1896] 1 Q.B. 147; *Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.*, [1897] 2 Ch. 48; *Exchange Telegraph Co. v. Howard* (1906), 22 T.L.R. 375; *Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd.*, [1963] 3 All E.R. 402; *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.*, [1963] 3 All E.R. 413n; *Argyll v. Argyll*, [1965] 2 W.L.R. 790; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415; *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 47; *Fraser v. Evans*, [1968] 3 W.L.R. 1172; *Oxford v. Moss* (1978), 68 Cr. App. R. 183.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 2, 3, 17 [am. 1974-75-76, c. 50, s. 47].
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 27, 38, 39, 283(1), 302, 312 [am. 1972, c. 13, s. 27; rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 29], 338(1) [1974-75-76, c. 93, s. 32], 350, 616, 653, 654.

Authors Cited

Hammond, R. Grant. "Theft of Information" (1984), 100 *L.Q.R.* 252.
 Institute of Law Research and Reform and a federal provincial working party. Report No. 46. *Trade Secrets*. Edmonton: The Institute, 1986.
 Weinrib, Arnold S. "Information and Property" (1988), 38 *U.T.L.J.* 117.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 42 O.R. (2d) 225, 149 D.L.R. (3d) 583, 5 C.C.C. (3d) 481, 74 C.P.R. (2d) 1, 35 C.R. (3d) 105, allowing the Crown's appeal from a judgment of the Ontario High Court of Justice (1982), 38 O.R. (2d) 84, 138 D.L.R. (3d) 73, 68 C.C.C. (2d) 305, 74 C.P.R. (2d) 4, acquitting the accused on charges of counselling to commit the offence of theft and fraud. Appeal allowed.

L'hôtel n'avait aucune intention d'utiliser les renseignements confidentiels à des fins commerciales. Il n'aurait donc pas été frustré d'argent ni d'un avantage économique quelconque; tout ce qu'il risquait de perdre était le caractère confidentiel des renseignements.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. v. Scallen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 441; *R. v. Hardy* (1980), 57 C.C.C. (2d) 73; **arrêt examiné:** *R. v. Offley* (1986), 28 C.C.C. (3d) 1; **arrêts mentionnés:** *R. v. Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340; *Aas v. Benham*, [1891] 2 Ch. 244; *Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co.*, [1896] 1 Q.B. 147; *Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.*, [1897] 2 Ch. 48; *Exchange Telegraph Co. v. Howard* (1906), 22 T.L.R. 375; *Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd.*, [1963] 3 All E.R. 402; *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.*, [1963] 3 All E.R. 413n; *Argyll v. Argyll*, [1965] 2 W.L.R. 790; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415; *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 47; *Fraser v. Evans*, [1968] 3 W.L.R. 1172; *Oxford v. Moss* (1978), 68 Cr. App. R. 183.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 27, 38, 39, 283(1), 302, 312 [mod. 1972, chap. 13, art. 27; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 29], 338(1) [1974-75-76, chap. 93, art. 32], 350, 616, 653, 654.
Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30, art. 2, 3, 17 [mod. 1974-75-76, chap. 50, art. 47].

Doctrine citée

Hammond, R. Grant. «Theft of Information» (1984), 100 *L.Q.R.* 252.
 Institute of Law Research and Reform and a federal provincial working party. Report No. 46. *Trade Secrets*. Edmonton: The Institute, 1986.
 Weinrib, Arnold S. «Information and Property» (1988), 38 *U.T.L.J.* 117.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 42 O.R. (2d) 225, 149 D.L.R. (3d) 583, 5 C.C.C. (3d) 481, 74 C.P.R. (2d) 1, 35 C.R. (3d) 105, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre un jugement de la Haute Cour de Justice de l'Ontario (1982), 38 O.R. (2d) 84, 138 D.L.R. (3d) 73, 68 C.C.C. (2d) 305, 74 C.P.R. (2d) 4, prononçant l'acquittement de l'accusé relativement à des accusations d'avoir conseillé à une autre personne de commettre les infractions de vol et de fraude. Pourvoi accueilli.

Clayton C. Ruby and Mary Bartley, for the appellant.

Jeff Casey, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—While one can steal a document containing confidential information, does obtaining without authorization the confidential information, by copying the document or memorizing its content, constitute theft? Is it fraud? The appellant was charged in the Supreme Court of Ontario with the following three counts:

... that he, during the month of October, 1981, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, did counsel Jan William Hart to commit the indictable offence of fraud, an offence as described in Section 338 of the Criminal Code of Canada, contrary to Section 422 of the Criminal Code of Canada.

... that he, during the month of October, 1981 at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, unlawfully did counsel Jan William Hart to commit the indictable offence of theft, an offence as described in Section 294 of the Criminal Code of Canada, to wit: to steal information, the property of the Constellation Hotel and its employees, of a value exceeding \$200.00 contrary to Section 422 of the Criminal Code of Canada.

... that he, during the month of October, 1981 at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, unlawfully did counsel Jan William Hart to commit the indictable offence of mischief to the private property of the Constellation Hotel and its employees, which mischief exceeded \$50.00, an offence as described in Section 387(4) of the Criminal Code of Canada, contrary to Section 422 of the Criminal Code of Canada.

The events giving rise to these charges can be summarized succinctly. A union attempting to organize the approximately 600 employees of the Constellation Hotel, in Toronto, was unable to obtain the names, addresses and telephone numbers of the employees because of a hotel policy that such information be treated as confidential. The employer also barred union representatives from the premises. The appellant, Wayne John Stewart, a self-employed consultant, was hired by

Clayton C. Ruby et Mary Bartley, pour l'appellant.

Jeff Casey, pour l'intimée.

^a Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Bien qu'il soit possible de voler un document contenant des renseignements confidentiels, y a-t-il vol lorsqu'on se procure sans autorisation ces renseignements confidentiels en copiant le document ou en mémorisant le contenu? S'agit-il d'une fraude? L'appellant a été inculpé en Cour suprême de l'Ontario sous les trois chefs d'accusation suivants:

[TRADUCTION] ... d'avoir, au cours du mois d'octobre 1981 dans la municipalité de Toronto dans le district judiciaire de York, conseillé à Jan William Hart de commettre l'acte criminel de fraude prévu à l'article 338 du Code criminel du Canada, contrairement à l'article 422 du Code criminel du Canada.

... d'avoir, au cours du mois d'octobre 1981 dans la municipalité de Toronto dans le district judiciaire de York, conseillé à Jan William Hart de commettre l'acte criminel de vol prévu à l'article 294 du Code criminel du Canada, savoir le vol de renseignements d'une valeur de plus de 200 \$ appartenant à Constellation Hotel et à ses employés, contrairement à l'article 422 du Code criminel du Canada.

... d'avoir, au cours du mois d'octobre 1981 dans la municipalité de Toronto dans le district judiciaire de York, conseillé à Jan William Hart de commettre l'acte criminel prévu au paragraphe 387(4) du Code criminel du Canada, savoir la perpétration d'un méfait à l'égard des biens privés de Constellation Hotel et de ses employés, méfait qui aurait entraîné des dommages s'élevant à plus de 50 \$, contrairement à l'article 422 du Code criminel du Canada.

Voici un résumé succinct des événements qui ont donné lieu aux accusations en cause. Un syndicat qui tentait de regrouper les quelque 600 employés du Constellation Hotel à Toronto s'est vu dans l'impossibilité d'obtenir les noms, les adresses et les numéros de téléphone des employés parce que l'hôtel, suivant sa politique, considérait ces renseignements comme confidentiels. L'employeur a en outre interdit ses locaux aux représentants du syndicat. L'appellant, Wayne John Stewart, un expert-

somebody he assumed to be acting for the union to obtain the names and addresses of the employees. Stewart offered a security guard at the hotel a fee to obtain this information. The security guard, at all relevant times, had not been authorized by any of the appropriate people nor did he have any consent or right whatsoever to access the personnel files, payroll print-outs or any hotel record whatsoever for names, addresses or telephone numbers of employees and knew that the hotel refused to divulge any such information to the union, its representatives and agents and the appellant surmised this to be the situation. I should like to make it very clear at the outset of this opinion that we are not here dealing with an attempt to obtain a physical object. This case was argued throughout on an agreed statement of facts, in which it was agreed that no tangible object, such as a list containing the information sought, would have been taken had the scheme been carried out. The security guard reported the offer to his security chief and the police; as a result, a subsequent telephone conversation between Hart and Stewart was recorded, and Stewart was indicted as listed above. He elected trial by judge alone and was acquitted on all three counts.

As the Crown did not appeal the acquittal on the count of counselling mischief, I will not refer to the legislation relevant to that count nor will I summarize the trial judge's reasons in that regard.

Judgments

The parties having submitted an agreed statement of facts, the trial turned on the legal issue of whether what Mr. Hart was asked to do amounted to fraud, theft or mischief. On the theft charge the Crown argued that the definition in s. 283(1) of the *Criminal Code*—"anything whether animate or inanimate"—does not require that the subject of theft be property; alternatively, if "anything"

conseil travaillant à son compte, a été engagé par une personne, qui, a-t-il supposé, agissait au nom du syndicat, pour obtenir une liste des noms et adresses des employés. Stewart a offert de l'argent à un gardien de sécurité de l'hôtel pour obtenir ces renseignements. Or, le gardien de sécurité n'avait reçu d'aucune personne autorisée la permission de consulter les dossiers du personnel, les imprimés de liste de paye ou d'autres registres de l'hôtel en vue d'obtenir les noms, les adresses ou les numéros de téléphone d'employés; de plus, les autorités de l'hôtel n'y avaient pas consenti ni ne lui en avaient donné le droit. Il savait par ailleurs que l'hôtel refusait de divulguer ces renseignements au syndicat, à ses représentants et à ses mandataires et l'appelant se doutait qu'il en était ainsi. Je devrais souligner tout de suite qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une tentative visant à obtenir un objet matériel. Cette affaire a été plaidée à tous les paliers en fonction d'un exposé conjoint des faits dans lequel les parties reconnaissent qu'aucun objet tangible, telle une liste contenant les renseignements, n'aurait été pris si le plan avait été exécuté. Le gardien de sécurité a signalé cette offre à son chef et à la police, ce qui a permis l'enregistrement d'une conversation téléphonique subséquente entre Hart et Stewart. Ce dernier a alors été accusé des actes criminels énoncés précédemment. Il a choisi d'être jugé par un juge siégeant sans jury et a été acquitté relativement à chacun des trois chefs d'accusation.

Comme le ministère public n'a pas interjeté appel de l'acquittement relativement à l'accusation d'avoir conseillé à une autre personne de commettre un méfait, je ne reprendrai pas les dispositions législatives concernant cette infraction et je m'abstiens également de résumer ce qu'en dit le juge de première instance dans ses motifs.

Les jugements

Comme les parties ont présenté un exposé conjoint des faits, le procès a porté sur la question de droit de savoir si ce que M. Hart devait faire constituait une fraude, un vol ou un méfait. En ce qui concerne l'accusation de vol, le ministère public a fait valoir que la définition figurant au par. 283(1) du *Code criminel*—"une chose quelconque, animée ou inanimée"—n'exige pas que

had to be property, then confidential information was property. Krever J. adopted the approach in *R. v. Scallen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 441 (B.C.C.A.), which dealt with s. 283(1) and which held that while "anything" need not be material and could be an intangible, it had to be property of some kind: (1982), 38 O.R. (2d) 84.

Krever J. also rejected the Crown's alternative submission that confidential information was property. Canadian, British and some American cases were cited as denying that proposition in a criminal context, and American decisions supporting it were distinguished because they interpreted legislation that aimed at the protection of much broader values than common law concepts of property. He added that if his interpretation was thought inadequate to meet the needs of modern society, the remedy must be a change in the law by Parliament.

On the charge of counselling to commit fraud Krever J. applied *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, which established that s. 338(1) of the *Code* requires proof of "dishonesty" and "deprivation". The element of dishonesty was clearly made out, but s. 338(1) specifies deprivation of "property, money or valuable security". The last was clearly inapplicable, and the first ruled out by the decision on the theft charge. The Crown argued that the hotel had been deprived of money because it could potentially make a profit should it choose to sell the list of employees' names and addresses. Krever J. rejected this submission as artificial, because the undertaking by the hotel to maintain the confidentiality of the employees' information entirely negated that suggestion. In the absence of the

l'objet du vol soit un bien ou, subsidiairement, que si «une chose quelconque» doit être un bien, alors les renseignements confidentiels constituent un bien. Le juge Krever a adopté le point de vue énoncé dans l'arrêt *R. v. Scallen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 441 (C.A.C.-B.), qui porte sur le par. 283(1) et dans lequel on a conclu qu'«une chose quelconque» ne devait pas nécessairement être matérielle et pouvait être intangible, mais qu'il fallait qu'il s'agisse d'un bien: (1982), 38 O.R. (2d) 84.

Le juge Krever a également repoussé la prétention subsidiaire du ministère public voulant que les renseignements confidentiels constituent un bien. Il a cité des décisions canadiennes et britanniques ainsi que quelques décisions américaines rejetant cette proposition dans le contexte criminel. Les décisions américaines qui l'appuyaient ont été jugées différentes en ce qu'elles interprètent des dispositions législatives visant à protéger des valeurs de portée beaucoup plus générale que les notions de biens en *common law*. Il a ajouté que, si son interprétation était jugée inadaptée aux besoins de la société moderne, il faudrait que le législateur y remédie en modifiant la loi en question.

En ce qui concerne l'accusation d'avoir conseillé à une autre personne de commettre une fraude, le juge Krever a appliqué l'arrêt *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, qui établit que le par. 338(1) du *Code* exige une preuve de «malhonnêteté» et de «privation». De toute évidence, l'élément de malhonnêteté a été prouvé en l'espèce, mais le par. 338(1) précise qu'il doit y avoir privation de quelque «bien, argent ou valeur». Or, il n'était manifestement pas question d'une valeur et, étant donné la décision relative à l'accusation de vol, il ne pouvait pas s'agir d'un bien. Le ministère public a fait valoir que l'hôtel avait été privé d'argent parce qu'il aurait pu en théorie réaliser un profit s'il avait décidé de vendre la liste des noms et adresses des employés. Le juge Krever a rejeté cet argument, le jugeant artificiel parce que l'engagement qu'avait pris l'hôtel d'assurer la confidentialité des renseignements concernant ses employés fait échec à cette prétention. À défaut de l'élément de privation, il ne peut y avoir fraude. Le juge Krever a

element of deprivation, there is no fraud. Krever J. found the accused not guilty on all counts.

On appeal, Houlden J.A. set aside the verdict of acquittal and entered a conviction on the charge of counselling the indictable offence of theft: (1983), 42 O.R. (2d) 225. He applied *R. v. Scallen*, *supra*, to the effect that the word "anything" in s. 283(1) has a broad meaning, wider in scope than the expression "anything capable of being stolen". Accepting Krever J.'s interpretation of s. 283(1) that "anything" must be capable of being property, Houlden J.A. was of the opinion that confidential information gathered through the expenditure of time, effort and money by a commercial enterprise for the purposes of its business should be regarded as property and entitled to the protection of the criminal law. He supported this position by reference to the definition of property in the *Code* and to a number of English and American civil cases recognizing confidential information to be property. In Houlden J.A.'s view, if a thing is property for the purposes of civil law, it follows that it is also property under the criminal law. Houlden J.A. added that, for a conviction under s. 283(1), not only is it necessary to prove that the accused "took or converted anything whether animate or inanimate", but it is also necessary to establish that the accused possessed one of the intents set out in paras. (a) to (d) of s. 283. Houlden J.A. found that, had Hart appropriated the information as requested, the hotel would still have had the information, but its character of confidentiality would have been lost. Therefore, in Houlden J.A.'s opinion, Hart would have had the intent described in s. 283(1)(d): he would have intended to deal with the information in such a manner that it would not be returned in the condition it was in at the time it was taken or converted. Houlden J.A. thus held that when the appellant counselled Hart to obtain the information without authorization, he was guilty of counselling the commission of the offence of theft.

déclaré l'accusé non coupable relativement à chacun des chefs.

En appel, le juge Houlden a annulé le verdict d'acquittal et inscrit une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'avoir conseillé à une autre personne de commettre l'acte criminel de vol: (1983), 42 O.R. (2d) 225. Il a appliqué l'arrêt *R. v. Scallen*, précité, d'où il se dégage que le sens de l'expression «une chose quelconque» employée au par. 283(1) est large, de portée plus étendue en fait que ce qui est envisagé par l'expression [TRADUCTION] «tout ce qui est susceptible d'être volé». Ayant accepté l'interprétation donnée au par. 283(1) par le juge Krever, selon laquelle «une chose quelconque» doit être un bien, le juge Houlden a estimé que les renseignements confidentiels qu'une entreprise, au prix de temps, de travail et d'argent, a réunis pour les fins de ses activités commerciales, doivent être considérés comme des biens et bénéficier à ce titre de la protection du droit criminel. À l'appui de cette position il a invoqué la définition de biens figurant dans le *Code* ainsi que plusieurs décisions anglaises et américaines en matière civile reconnaissant que les renseignements confidentiels sont des biens. De l'avis du juge Houlden, si une chose est un bien aux fins du droit civil, il s'ensuit qu'elle l'est également en droit criminel. Pour qu'il y ait une déclaration de culpabilité en vertu du par. 283(1), a ajouté le juge Houlden, on doit prouver non seulement que l'accusé [TRADUCTION] «a pris ou détourné une chose quelconque, animée ou inanimée», mais aussi qu'il l'a fait avec une des intentions énoncées aux al. a) à d) de l'art. 283. Le juge Houlden a conclu que, si Hart avait pris les renseignements qu'on lui avait demandés, l'hôtel en aurait conservé la possession, mais ces renseignements auraient perdu leur caractère confidentiel. Par conséquent, d'après le juge Houlden, Hart aurait eu l'intention décrite à l'al. 283(1)d), c'est-à-dire celle d'agir à l'égard de ces renseignements de telle manière qu'ils ne soient pas restitués dans l'état où ils étaient au moment où ils avaient été pris ou détournés. Le juge Houlden a donc décidé que lorsque l'appelant a conseillé à Hart de lui procurer les renseignements sans en obtenir l'autorisation, il s'est rendu coupable de lui avoir conseillé la perpétration de l'infraction de vol.

Houlden J.A. then dealt with the charge of counselling the commission of fraud. Unlike section 283(1), s. 338 specifically refers to "property". Houlden J.A. held that if information is property under the theft section, it is also property for the purposes of the fraud section. In his view, the appropriation of the information would have caused a risk of prejudice to the hotel's economic interests, since promotional groups had approached the hotel to obtain the list of names and addresses of the employees. The deprivation necessary to prove the element of "defraud" in s. 338(1) was therefore present and sufficient. Houlden J.A. thus found appellant guilty of counselling the commission of fraud. However, applying the *Kienapple* rule, he entered no conviction on this count.

Cory J.A. concurred with Houlden J.A. but expressed additional reasons for finding that confidential information is property for the purposes of criminal law. In his view, information and its collection, collation and interpretation are vital to most modern enterprises and may be their most valuable asset. Cory J.A. cited American cases that support the conclusion that information is property. These decisions held that copying paper and removing the copies was as much an act of theft as the surreptitious removal of the original papers would be.

Moreover, Cory J.A. stated that even if information *per se* is not property, there remains a right of property in confidential information. In Cory J.A.'s opinion, this right, now protected by the provisions of the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, falls within the definition of property contained in s. 283(1). He then held that, in the case at bar, the list of the hotel employees represents an unpublished literary work to which copyright attaches. The hotel thus has the exclusive right to reproduce copies of the list and has the corollary right to restrain others from so doing. Cory J.A. therefore concluded that copyright constitutes

Le juge Houlden s'est penché ensuite sur l'accusation d'avoir conseillé à une autre personne de commettre la fraude. À la différence du par. 283(1), l'art. 338 contient le mot «bien». Si des renseignements sont des biens aux fins de l'article portant sur le vol, ils le sont aussi aux fins de l'article relatif à la fraude, a conclu le juge Houlden. À son avis, l'appropriation des renseignements en cause aurait pu nuire aux intérêts économiques de l'hôtel, car des agences publicitaires avaient fait des démarches auprès de l'hôtel pour obtenir la liste des noms et adresses des employés. Il y a donc eu la privation requise pour établir l'élément de frustration qu'exige le par. 338(1). Le juge Houlden a donc déclaré l'appelant coupable d'avoir conseillé à une autre personne la perpétration d'une fraude. Cependant, appliquant la règle posée dans l'arrêt *Kienapple*, il n'a pas inscrit de déclaration de culpabilité relativement à ce chef d'accusation.

Le juge Cory a souscrit aux motifs du juge Houlden, mais a énoncé des raisons additionnelles pour conclure que les renseignements confidentiels constituent des biens aux fins du droit criminel. À son avis, les renseignements et leur réunion, collation et interprétation sont vitaux pour la plupart des entreprises modernes et constituent parfois leur élément d'actif le plus précieux. Le juge Cory a cité des décisions américaines qui appuient la conclusion que les renseignements sont des biens. Suivant ces décisions, le fait de reproduire des documents et de prendre possession des copies est un vol tout autant que la prise subreptice des documents originaux.

De plus, le juge Cory a affirmé que, même si les renseignements ne sont pas en soi des biens, les renseignements confidentiels font tout de même l'objet d'un droit de propriété. De l'avis du juge Cory, ce droit, maintenant protégé par la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, chap. C-30, est compris dans la définition de biens inhérente au par. 283(1). Il a conclu ensuite qu'en l'espèce la liste des employés de l'hôtel constitue une œuvre littéraire inédite qui fait l'objet d'un droit d'auteur. L'hôtel jouit donc du droit exclusif de faire des copies de la liste et du droit corrélatif d'empêcher autrui de le faire. Par conséquent, le juge

property of a nature that falls within the scope of s. 283(1), but he stressed that such compilations will only be capable of being stolen if they are confidential.

In a dissent, Lacourcière J.A. supported the findings of the trial judge. He stated that appellate decisions have restricted the application of the word "anything" to cases involving "property" whether corporeal or incorporeal. That assertion is supported by reference to the requisite intent set out in paras. (a) to (d) of s. 283(1). In his opinion, the proposition that confidential information can be the subject of proprietary rights is correct to the extent only that a court of equity will restrain the improper transmission or use of confidential information surreptitiously obtained. Cases containing dicta to the effect that confidential information may be described as property are not helpful when considering whether it can be obtained by the commission of a theft.

After much consideration, Lacourcière J.A. felt bound to agree that the word "anything" in s. 283 must be defined and qualified within the context of property and that confidential information does not properly fit within that context. Like Krever J., he was of the opinion that it is for Parliament to broaden the criminal definition of property if the needs of modern Canadian society require it.

As for the count of fraud, Lacourcière J.A. held that confidential information is clearly not money or valuable security, and that it is not property within the meaning of s. 338(1) of the *Code*. Furthermore, the hotel conceded that it had no intention to deal in a commercial way with the information; it would thus not have suffered the requisite deprivation or detriment which is an essential element of fraud. Lacourcière J.A. was of the view that the accused's conduct did not amount to the offence of counselling fraud.

Cory a conclu que ce droit d'auteur constitue un bien auquel s'applique le par. 283(1), mais il a souligné que des listes de ce genre ne peuvent être volées que si elles sont confidentielles.

a Dans son opinion dissidente, le juge Lacourcière a approuvé les conclusions du juge de première instance. Il a déclaré que les cours d'appel ont limité l'application de l'expression «une chose quelconque» aux affaires où il s'agit de «biens», qu'ils soient corporels ou incorporels. Cette affirmation est appuyée par les al. a) à d) du par. 283(1) qui énoncent l'élément moral requis. À son avis, la proposition selon laquelle les renseignements confidentiels peuvent faire l'objet de droits de propriété est bien fondée seulement dans la mesure où un tribunal d'*equity* interdira la transmission ou l'utilisation illégitimes de renseignements confidentiels obtenus subrepticement. Les décisions où, en *obiter*, on a qualifié les renseignements confidentiels de biens ne sont d'aucun secours lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est possible de voler ces renseignements.

f Après mûre réflexion, le juge Lacourcière s'est senti obligé de convenir que l'expression «une chose quelconque» employée à l'art. 283 doit être définie et sa portée restreinte dans le contexte de la notion de biens, contexte qui n'englobe pas à proprement parler les renseignements confidentiels. Tout comme le juge Krever, il a estimé que c'est au législateur qu'il incombe d'élargir la définition de biens en droit criminel si les besoins de la société canadienne moderne le requièrent.

h Au sujet de l'accusation relative à la fraude, le juge Lacourcière a conclu que les renseignements confidentiels n'entrent manifestement ni dans la catégorie de l'argent ni dans celle des valeurs et qu'ils ne sont pas un bien au sens du par. 338(1) du *Code*. Qui plus est, l'hôtel a reconnu qu'il n'avait nullement l'intention d'utiliser les renseignements dans un but commercial; il n'aurait donc pas subi la privation ou le préjudice qui sont des éléments essentiels de la fraude. Selon le juge Lacourcière, la conduite de l'accusé ne constituait pas l'infraction d'avoir conseillé à une autre personne de commettre la fraude.

The Issues

On the facts of this appeal the following questions are raised:

1. Can confidential information be the subject of theft under s. 283(1) of the *Criminal Code*?
2. Would the appropriation of the information have amounted to fraud contrary to s. 338(1) of the *Criminal Code*?

Before this Court, the Crown adopted the majority's reasoning in the Court of Appeal and would answer the questions in the affirmative.

I

Theft

Section 283(1) of the *Criminal Code* reads as follows:

283. (1) Every one commits theft who fraudulently and without colour of right takes, or fraudulently and without colour of right converts to his use or to the use of another person, anything whether animate or inanimate, with intent,

(a) to deprive, temporarily or absolutely, the owner of it or a person who has a special property or interest in it, of the thing or of his property or interest in it,

(b) to pledge it or deposit it as security,

(c) to part with it under a condition with respect to its return that the person who parts with it may be unable to perform, or

(d) to deal with it in such a manner that it cannot be restored in the condition in which it was at the time it was taken or converted.

In order to be convicted of theft, one has to take or convert "anything whether animate or inanimate" with the requisite intent as described in paras. (a) to (d). To determine whether confidential information can be the object of theft, the meaning of "anything" must be ascertained. The word "anything" is very comprehensive and is not in itself restricted in any way. As such it could include both tangible things and intangibles. Appellant contends that the offence of theft contemplates only physical objects. Under Canadian law as it now stands, however, "anything" has been held to encompass certain choses in action,

Les questions en litige

Les faits de la présente instance soulèvent les questions suivantes:

1. Des renseignements confidentiels peuvent-ils faire l'objet d'un vol au sens du par. 283(1) du *Code criminel*?
2. L'appropriation de ces renseignements aurait-elle constitué une fraude aux fins du par. 338(1) du *Code criminel*?

En cette Cour, le ministère public a adopté le raisonnement de la majorité en Cour d'appel et aurait répondu à ces questions par l'affirmative.

I

Le vol

Le paragraphe 283(1) du *Code criminel* est ainsi rédigé:

283. (1) Commet un vol, quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée, avec l'intention

a) de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose,

b) de la mettre en gage ou de la déposer en garantie,

c) de s'en dessaisir à une condition, pour son retour, que celui qui s'en dessaisit peut être incapable de remplir, ou

d) d'agir à son égard de telle manière qu'il soit impossible de la remettre dans l'état où elle était au moment où elle a été prise ou détournée.

Pour être reconnu coupable de vol, on doit, avec l'intention requise décrite aux al. a) à d), prendre ou détourner «une chose quelconque, animée ou inanimée». Pour déterminer si des renseignements confidentiels peuvent faire l'objet d'un vol, il faut établir le sens de l'expression «une chose quelconque». Or, il s'agit d'une expression de portée vaste qui ne comporte en soi aucune restriction. Elle pourrait donc englober aussi bien des choses tangibles que des choses intangibles. L'appellant soutient que l'infraction de vol ne peut se perpétrer qu'à l'égard d'objets matériels. Toutefois, en droit canadien, il a été jugé qu'«une chose quelconque»

which are intangibles. In *R. v. Scallen*, *supra*, the accused was convicted on a charge of theft of credit in a financial institution. The British Columbia Court of Appeal held that bank credit was included in “anything” under s. 283(1) (at p. 473):

I see no reason to construe “anything” in s. 283(1) with stress on “thing”, and I think the word should be construed in its broad sense and to mean exactly what it says, that theft can be committed of “anything” that was property. That would include a bank credit in a bank account—which any normal person having one would describe by saying that “he had money in the bank”. I think it would be difficult to convince him otherwise, even if in strict domestic law all he had was the right to draw money from the bank in cash, by banknotes, by cheque or by transfers elsewhere.

The reasoning in *Scallen*, with which I am in agreement, was followed in *R. v. Hardy* (1980), 57 C.C.C. (2d) 73 (B.C.C.A.) Since certain choses in action can be the subject of theft, what must be decided for the purpose of this appeal is whether intangibles other than choses in action are to be included in the word “anything”.

In *R. v. Offley* (1986), 28 C.C.C. (3d) 1, the Alberta Court of Appeal was of the view that information, even when qualified as confidential, is not “anything” within the meaning of s. 283(1), because it is intrinsically incapable of being an inanimate thing. In that case, the accused offered money to a police officer to run security checks for him on job applicants through the Canadian Police Information Center, knowing that this information was available only to law enforcement agencies. As in the case before us, he was charged with counselling theft of information. The Alberta Court of Appeal disagreed with the majority decision of the Ontario Court of Appeal in the case at bar and acquitted the accused.

comprend certains droits incorporels qui sont intangibles. Dans l'affaire *R. v. Scallen*, précitée, l'accusé a été déclaré coupable du vol d'un crédit bancaire dans un établissement financier. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'expression «une chose quelconque» employée au par. 283(1) comprenait un crédit bancaire (à la p. 473):

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison de donner à l'expression «une chose quelconque» figurant au par. 283(1) une interprétation qui insiste sur le mot «chose» et j'estime que cette expression doit recevoir son sens large et littéral, c'est-à-dire que l'objet du vol peut être une «chose quelconque» dans la mesure où il s'agit d'un bien. Cela comprendrait une somme créditée à un compte en banque, que toute personne ordinaire décrirait comme «avoir de l'argent en banque». Je crois d'ailleurs qu'il serait difficile de convaincre cette personne qu'il en est autrement, même si, du point de vue strictement juridique, tout ce qu'elle possède c'est le droit de retirer de la banque de l'argent liquide, au moyen de billets de banque, par chèque ou par des virements.

Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Scallen*, auquel je souscris, a été suivi dans l'arrêt *R. v. Hardy* (1980), 57 C.C.C. (2d) 73 (C.A.C.-B.) Puisque certains droits incorporels sont susceptibles d'être volés, la question à trancher aux fins du présent pourvoi est de savoir si les choses intangibles autres que les droits incorporels doivent être inclus dans l'expression «une chose quelconque».

Dans l'arrêt *R. v. Offley* (1986), 28 C.C.C. (3d) 1, la Cour d'appel de l'Alberta a estimé que l'information, même celle qui était qualifiée de confidentielle, ne constituait pas «une chose quelconque» au sens du par. 283(1) parce qu'elle est intrinsèquement incapable d'être un objet inanimé. Dans cette affaire, l'accusé, sachant qu'il s'agissait de renseignements auxquels seuls les corps policiers avaient accès, a offert de l'argent à un policier pour que celui-ci procède, par le truchement du Centre d'information de la police canadienne, à des vérifications de sécurité portant sur des postulants d'emploi. Comme en l'espèce, l'accusé s'est vu inculper d'avoir conseillé à une autre personne de voler des renseignements. La Cour d'appel de l'Alberta a désapprouvé l'arrêt rendu par la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente instance et a acquitté l'accusé.

We are here dealing not with the theft of a list or any other tangible object containing confidential information, but with the theft of confidential information *per se*, a pure intangible. As mentioned earlier, the assumption that no tangible object would have been taken was part of the agreed statement of facts, and the case was argued throughout on that basis. The word “anything” is not in itself a bar to including any intangible, whatever its nature. However, its meaning must be determined within the context of s. 283 of the *Code*. Indeed, while sexual intercourse was found to be included in “anything” within the meaning of the extortion provision (*R. v. Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340 (B.C.C.A.)), it does not necessarily follow that the same must be found under our law of theft.

In my view, the wording of s. 283 restricts the meaning of “anything” in two ways. First, whether tangible or intangible, “anything” must be of a nature such that it can be the subject of a proprietary right. Second, the property must be capable of being taken or converted in a manner that results in the deprivation of the victim.

With respect to the first restriction, the courts below have decided the case on the assumption that “anything” has to be property. While appellant’s counsel takes issue with the relevancy of this qualification, I am of the view that such qualification is proper. In my opinion, it is clear that to be the object of theft, “anything” must be property in the sense that to be stolen, it has to belong in some way to someone. For instance, no conviction for theft would arise out of a taking or converting of the air that we breathe, because air is not property.

It can be argued—as Professor Weinrib does in “Information and Property” (1988), 38 *U.T.L.J.* 117—that confidential information is property for the purposes of civil law. Indeed, it possesses many of the characteristics of other forms of property:

Ce dont il est question en l’occurrence n’est pas le vol d’une liste ou d’un autre objet tangible contenant des renseignements confidentiels, mais le vol des seuls renseignements confidentiels, donc quelque chose de purement intangible. Comme je l’ai déjà dit, on tient pour acquis qu’aucun objet tangible n’aurait été pris et c’est sur ce fondement que la cause a été plaidée à tous les paliers. L’expression «une chose quelconque» ne constitue pas en soi un empêchement à l’inclusion de toute chose intangible, quelle que soit sa nature. C’est toutefois dans le contexte de l’art. 283 du *Code* que son sens doit être déterminé. De fait, bien qu’il ait déjà été décidé que les mots «quelque chose» (*anything*) figurant dans la disposition relative à l’extorsion englobaient des relations sexuelles (*R. v. Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340 (C.A.C.-B.)), il ne s’ensuit pas nécessairement qu’on doive en venir à la même conclusion en vertu des règles de droit sur le vol.

À mon avis, le texte de l’art. 283 apporte une double restriction au sens de l’expression «une chose quelconque». En premier lieu, qu’elle soit tangible ou intangible, «une chose quelconque» doit être de nature telle qu’elle peut faire l’objet d’un droit de propriété. En second lieu, il faut que le bien en question soit susceptible d’être pris ou détourné d’une manière qui occasionne une privation à la victime.

Pour ce qui est de la première restriction, les tribunaux d’instance inférieure en l’espèce ont fondé leurs décisions sur la présomption qu’«une chose quelconque» doit être un bien. Quoique l’avocat de l’appelant conteste la pertinence de cette restriction, j’estime qu’elle est valable. Selon moi, il est évident que, pour faire l’objet d’un vol, «une chose quelconque» doit être un bien en ce sens qu’elle ne peut être volée que si elle appartient de quelque manière à quelqu’un. Par exemple, le fait de prendre ou de détourner l’air que nous respirons ne donnerait pas lieu à une condamnation pour vol parce que l’air n’est pas un bien.

Il est possible de soutenir, comme le fait le professeur Weinrib dans «Information and Property» (1988), 38 *U.T.L.J.* 117, que les renseignements confidentiels sont des biens aux fins du droit civil. En effet, ils possèdent plusieurs des caracté-

for example, a trade secret, which is a particular kind of confidential information, can be sold, licensed or bequeathed, it can be the subject of a trust or passed to a trustee in bankruptcy. In the commercial field, there are reasons to grant some form of protection to the possessor of confidential information: it is the product of labour, skill and expenditure, and its unauthorized use would undermine productive efforts which ought to be encouraged. As the term "property" is simply a reference to the cluster of rights assigned to the owner, this protection could be given in the form of proprietary rights. The cases demonstrate that English and Canadian civil law protect confidential information. However, the legal basis for doing so has not been clearly established by the courts. Some cases have treated confidential information as property, and thus have entitled the owner to exclude others from the use thereof: *Aas v. Benham*, [1891] 2 Ch. 244 (C.A.); *Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co.*, [1896] 1 Q.B. 147 (C.A.); *Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.*, [1897] 2 Ch. 48; *Exchange Telegraph Co. v. Howard* (1906), 22 T.L.R. 375 (Ch. Div.) On the other hand, the courts have recognized certain rights with respect to confidential information in the guise of an equitable obligation of good faith: *Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd.*, [1963] 3 All E.R. 402 (Ch. Div.); *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.*, [1963] 3 All E.R. 413n (C.A.); *Argyll v. Argyll*, [1965] 2 W.L.R. 790 (Ch. Div.); *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415 (C.A.); *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 47 (H.L.); *Fraser v. Evans*, [1968] 3 W.L.R. 1172 (C.A.)

It appears that the protection afforded to confidential information in most civil cases arises more from an obligation of good faith or a fiduciary relationship than from a proprietary interest. No Canadian court has so far conclusively decided that confidential information is property, with all the civil consequences that such a finding would

risques des autres types de biens: par exemple, un secret industriel, qui est un genre particulier de renseignements confidentiels, peut être vendu; il peut faire l'objet d'une licence ou être légué; il peut aussi faire l'objet d'une fiducie ou être transmis à un syndic de faillite. Dans le domaine commercial, il existe des raisons d'accorder une certaine protection au détenteur de renseignements confidentiels: ceux-ci sont le fruit de travail, d'habileté et de dépenses et leur utilisation non autorisée minerait des efforts productifs qui doivent plutôt être encouragés. Comme le terme «propriété» désigne simplement l'ensemble des droits dont jouit le propriétaire, cette protection pourrait être accordée sous la forme de droits de propriété. Il ressort de la jurisprudence que le droit civil anglais et le droit civil canadien protègent les renseignements confidentiels. Le fondement juridique de cette protection n'a toutefois pas été clairement établi par les tribunaux. Certaines décisions ont traité les renseignements confidentiels comme des biens et ont en conséquence permis au propriétaire d'empêcher autrui de s'en servir: *Aas v. Benham*, [1891] 2 Ch. 244 (C.A.), *Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co.*, [1896] 1 Q.B. 147 (C.A.), *Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.*, [1897] 2 Ch. 48, *Exchange Telegraph Co. v. Howard* (1906), 22 T.L.R. 375 (Ch. Div.) Par ailleurs, les tribunaux ont reconnu certains droits relatifs aux renseignements confidentiels par le biais d'une obligation de bonne foi en equity: *Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd.*, [1963] 3 All E.R. 402 (Ch. Div.), *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.*, [1963] 3 All E.R. 413n (C.A.), *Argyll v. Argyll*, [1965] 2 W.L.R. 790 (Ch. Div.), *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] R.C.S. 551, *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415 (C.A.), *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 47 (H.L.), *Fraser v. Evans*, [1968] 3 W.L.R. 1172 (C.A.)

Il appert que la protection accordée aux renseignements confidentiels dans la plupart des affaires civiles résulte davantage d'une obligation de bonne foi ou de l'existence de relations fiduciaires que d'un droit de propriété. Jusqu'à présent aucun tribunal canadien n'a conclu définitivement que les renseignements confidentiels sont des biens, avec

entail. The case law is therefore of little assistance to us in the present case.

It is possible that, with time, confidential information will come to be considered as property in the civil law or even be granted special legal protection by statutory enactment. Even if confidential information were to be considered as property under civil law, it does not however automatically follow that it qualifies as property for the purposes of criminal law. Conversely, the fact that something is not property under civil law is likewise not conclusive for the purpose of criminal law. Whether or not confidential information is property under the *Criminal Code* should be decided in the perspective of the criminal law.

In *Oxford v. Moss* (1978), 68 Cr. App. R. 183, the Divisional Court had to decide whether confidential information was "intangible property" for the purposes of the *Theft Act* 1968. A student was accused of stealing an examination paper that he hoped to return without being detected. After considering a number of civil authorities dealing with the subject of confidential information, Smith J. wrote (at pp. 185-86):

Those are cases concerned with what is described as the duty to be of good faith. They are clear illustrations of the proposition that, if a person obtains information which is given to him in confidence and then sets out to take an unfair advantage of it, the courts will restrain him by way of an order of injunction or will condemn him in damages if an injunction is found to be inappropriate. It seems to me, speaking for my part, that they are of little assistance in the present situation in which we have to consider whether there is property in the information which is capable of being the subject of a charge of theft. In my judgment, it is clear that the answer to that question must be no.

In civil law, the characterization of something as property triggers a series of legal consequences. That characterization has the same effect under the criminal law, although the consequences are somewhat different. If confidential information is considered as property for the purposes of the theft section, other sections of the *Criminal Code* relat-

tout ce qu'une telle décision entraînerait comme conséquences sur le plan civil. La jurisprudence nous est donc de peu de secours en l'espèce.

^a Peut-être qu'un jour les renseignements confidentiels finiront par être considérés comme des biens en droit civil, ou même qu'on adoptera un texte législatif leur accordant une protection légale spéciale. Mais même si les renseignements confidentiels devaient être assimilés à des biens aux fins du droit civil, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils seraient des biens en droit criminel. De même, le fait qu'une chose n'est pas un bien en droit civil n'est pas concluant en ce qui concerne le droit criminel. En effet, c'est en fonction du droit criminel que doit être tranchée la question de savoir si les renseignements confidentiels sont des biens aux fins du *Code criminel*.

^d Dans l'affaire *Oxford v. Moss* (1978), 68 Cr. App. R. 183, la Cour divisionnaire avait à décider si des renseignements confidentiels étaient des «biens intangibles» aux fins de la *Theft Act* 1968. Un étudiant a été accusé du vol d'un questionnaire d'examen qu'il avait pris en espérant le rendre sans qu'on s'aperçoive de son acte. Après avoir examiné plusieurs décisions en matière civile ayant trait aux renseignements confidentiels, le juge Smith a écrit (aux pp. 185 et 186):

[TRADUCTION] Ces décisions portent sur ce que l'on décrit comme l'obligation d'être de bonne foi. Elles illustrent clairement la proposition selon laquelle, si une personne obtient des renseignements qu'on lui a donnés en confiance et puis essaie d'en tirer injustement avantage, les tribunaux l'en empêcheront par voie d'injonction ou la condamneront au paiement de dommages-intérêts si une injonction est jugée inapplicable. Pour ma part, il me semble que ces décisions ne nous aident guère dans le cas présent où nous sommes appelés à examiner si les renseignements en cause donnent lieu à un droit de propriété pouvant fonder une accusation de vol. À mon avis, il est évident que cette question doit recevoir une réponse négative.

ⁱ En droit civil, qualifier une chose de bien entraîne une série de conséquences juridiques. Cette qualification a le même effet en droit criminel, quoique les conséquences diffèrent sensiblement. Si les renseignements confidentiels sont considérés comme des biens aux fins de l'article relatif au vol, il se peut que d'autres articles du *Code*

ing to offences against property may also apply: ss. 27 (use of force to prevent commission of offence), 38 (defence of movable property), 39 (defence with claim of right), 302 (robbery), 312 (possession of property obtained by crime), 350 (disposal of property to defraud creditors), 616 (restitution of property), 653 (compensation for loss of property) and 654 (compensation to *bona fide* purchasers). For example, let us assume a person obtains confidential information by the commission of a crime, such as theft if it were possible. If, after having memorized the information, that person is incapable of erasing it from his memory, he could, one might argue, be charged with an offence under s. 312 of the *Criminal Code* for each day that he is unable to forget the information.

Furthermore, the qualification of confidential information as property must be done in each case by examining the purposes and context of the civil and criminal law. It is understandable that one who possesses valuable information would want to protect it from unauthorized use and reproduction. In civil litigation, this protection can be afforded by the courts because they simply have to balance the interests of the parties involved. However criminal law is designed to prevent wrongs against society as a whole. From a social point of view, whether confidential information should be protected requires a weighing of interests much broader than those of the parties involved. As opposed to the alleged owner of the information, society's best advantage may well be to favour the free flow of information and greater accessibility by all. Would society be willing to prosecute the person who discloses to the public a cure for cancer, although its discoverer wanted to keep it confidential?

The criminalization of certain types of conduct should not be done lightly. If the unauthorized appropriation of confidential information becomes a criminal offence, there would be far reaching

criminel portant sur les infractions contre les biens s'appliquent également, savoir: les art. 27 (recours à la force pour empêcher la perpétration d'une infraction), 38 (défense des biens mobiliers), 39 (défense en vertu d'un droit invoqué), 302 (vol qualifié), 312 (avoir en sa possession des biens criminellement obtenus), 350 (aliénation de biens avec l'intention de frauder des créanciers), 616 (restitution de biens), 653 (dédommagement pour perte de biens) et 654 (dédommagement aux acquéreurs de bonne foi). Supposons, par exemple, qu'une personne obtienne des renseignements confidentiels par la perpétration d'un crime comme le vol si c'était possible. Si, après avoir mémorisé les renseignements, cette personne est incapable de les effacer de sa mémoire, elle pourrait, peut-on prétendre, être accusée d'une infraction à l'art. 312 du *Code criminel* pour tous les jours où elle se trouve dans l'incapacité d'oublier ces renseignements.

De plus, pour qualifier les renseignements confidentiels de biens, il faut examiner dans chaque cas les buts et le contexte du droit civil et du droit criminel. Il est compréhensible qu'une personne qui possède des renseignements importants soit désireuse de les protéger contre une utilisation et une reproduction non autorisées. Dans un litige au civil, cette protection peut être offerte par les tribunaux parce qu'ils n'ont qu'à peser les intérêts des parties à l'action. Le droit criminel, par contre, vise à prévenir la perpétration de méfaits contre la société dans son ensemble. Du point de vue social, la question de l'opportunité de protéger les renseignements confidentiels exige qu'on mette dans la balance des intérêts de portée beaucoup plus large que ceux des parties intéressées. Il se peut bien que l'intérêt de la société, par opposition à celui du prétendu propriétaire des renseignements, soit le mieux servi si l'on favorise la libre circulation de l'information et qu'on la rende plus accessible à tous. La société voudrait-elle poursuivre en justice la personne qui divulguerait au public un remède contre le cancer que son inventeur désire garder confidentiel?

Certains types de conduite ne doivent pas être criminalisés à la légère. Si l'appropriation non autorisée de renseignements confidentiels était érigée en infraction criminelle, cela aurait des

consequences that the courts are not in a position to contemplate. For instance, the existence of such an offence would have serious implications with respect to the mobility of labour. In "Theft of Information" (1984), 100 *L.Q.R.* 252, Hammond points out (at p. 260) the problem that would follow:

[W]hat is significant for present purposes about the traditional civil law formulations with respect to such [employee] covenants is that, notwithstanding their difficulties of application, they do allow a balance to be struck in particular cases between the various interests at stake. The criminal law on the other hand allocates responsibility in black and white terms. There is either an offence or there is not. Every employee who leaves a position in Canada now faces criminal sanctions if he misjudges a line which judges have had enormous difficulty in drawing in civil law cases.

This indirect restriction on the mobility of labour is only one of the many undesirable consequences that could result from a hasty extension of criminal provisions by qualifying confidential information as property.

Moreover, because of the inherent nature of information, treating confidential information as property *simpliciter* for the purposes of the law of theft would create a host of practical problems. For instance, what is the precise definition of "confidential information"? Is confidentiality based on the alleged owner's intent or on some objective criteria? At what point does information cease to be confidential and would it therefore fall outside the scope of the criminal law? Should only confidential information be protected under the criminal law, or any type of information deemed to be of some commercial value? I am of the view that, given recent technological developments, confidential information, and in some instances, information of a commercial value, is in need of some protection through our criminal law. Be that as it may, in my opinion, the extent to which this should be done and the manner in which it should be done are best left to be determined by Parliament rather than by the courts.

conséquences incalculables que les tribunaux ne sont pas en mesure d'envisager. Par exemple, l'existence d'une telle infraction aurait un effet marqué sur la mobilité de la main-d'œuvre. Dans «Theft of Information» (1984), 100 *L.Q.R.* 252, Hammond fait ressortir (à la p. 260) le problème qui en résulterait:

[TRADUCTION] ... aux fins de la présente analyse, les concepts traditionnels du droit civil relatifs à de tels engagements [clauses restrictives d'emploi] ont ceci d'important que, malgré les difficultés que présente leur application, elles permettent d'établir dans des cas particuliers un équilibre entre les différents intérêts en jeu. Le droit criminel, par contre, attribue la responsabilité en termes clairs et nets. Ou bien il y a infraction ou bien il n'y en a pas. Tout employé qui quitte un poste au Canada s'expose maintenant à des sanctions criminelles s'il franchit une ligne de démarcation que les juges ont éprouvé énormément de difficultés à tracer dans les affaires civiles.

Cette restriction indirecte de la mobilité de la main-d'œuvre n'est qu'une des conséquences peu souhaitables parmi tant d'autres possibles si on élargissait inconsidérément la portée de certaines dispositions criminelles en plaçant les renseignements confidentiels dans la catégorie des biens.

En outre, en raison de la nature inhérente de l'information, traiter purement et simplement les renseignements confidentiels comme des biens aux fins du droit relatif au vol susciterait une foule de problèmes pratiques. Par exemple, quelle est la définition précise du terme «renseignements confidentiels»? La confidentialité est-elle fonction de l'intention du prétendu propriétaire ou dépend-elle de certains critères objectifs? À quel moment les renseignements perdent-ils leur caractère confidentiel de sorte qu'ils échappent au droit criminel? La protection du droit criminel doit-elle être accordée seulement aux renseignements confidentiels ou bien à tous les types de renseignements qui sont censés avoir une valeur commerciale quelconque? Quant à moi, je crois qu'étant donné les progrès technologiques récents, les renseignements confidentiels, et en fait toute information ayant une valeur commerciale, ont besoin d'une certaine protection en vertu de notre droit criminel. Quoi qu'il en soit, j'estime qu'il appartient au législateur plutôt qu'aux tribunaux de déterminer dans quelle mesure cela doit se faire et de quelle manière.

Indeed, the realm of information must be approached in a comprehensive way, taking into account the competing interests in the free flow of information and in one's right to confidentiality or again, one's economic interests in certain kinds of information. The choices to be made rest upon political judgments that, in my view, are matters of legislative action and not of judicial decision. Illustrative of this is the complexity of the schemes suggested to legislatures and Parliaments by the various reform agencies in this country, the United Kingdom and the United States (v.g. Institute of Law Research and Reform, Report No. 46, *Trade Secrets*, July 1986).

For these reasons, I am of the opinion that, as a matter of policy, confidential information should not be property for the purposes of s. 283 of the *Code*. To the extent that protection is warranted for confidential information, it should be granted through legislative enactment and not through judicial extension of the concept of property or of the scope of the theft provision under the *Criminal Code*.

Although this conclusion is sufficient to dispose of the appeal on the charge of counselling theft, I will also consider the second restriction to the scope of the word "anything", that is, that property must be capable of being taken or converted in a manner that results in the deprivation of the victim. Tangible things present no difficulty in this regard, as it is easy to conceive how they can be both taken and converted. On the other hand, pure intangibles, as they have no physical existence, can obviously only be converted, not taken. The "taking" of an intangible could only occur where such intangible is embodied in a tangible object, for example a cheque, a share certificate or a list containing information. However, that would not result in the taking of the intangible *per se*, but rather of the physical object evidencing it.

The question is thus whether confidential information is of a nature such that it can be taken or converted. In my opinion, except in very rare and

De fait, il faut adopter à l'égard du domaine de l'information une vue d'ensemble qui tient compte du conflit entre la libre circulation de l'information et le droit à la confidentialité, ou encore les intérêts économiques relatifs à certains types de renseignements. Les choix à faire à cet égard reposent sur des jugements politiques qui, à mon avis, relèvent du législateur et non pas des tribunaux. À titre d'illustration, on peut mentionner la complexité des régimes proposés aux législateurs par les différents organismes de réforme au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis (p. ex. Institute of Law Research and Reform, Report No. 46, *Trade Secrets*, juillet 1986).

Pour ces raisons, je suis d'avis qu'il est de bonne politique judiciaire de ne pas considérer les renseignements confidentiels comme des biens aux fins de l'art. 283 du *Code*. Dans la mesure où la protection des renseignements confidentiels est justifiée, elle doit être accordée par un texte législatif plutôt que par l'élargissement judiciaire de la notion de biens ou de la portée de la disposition du *Code criminel* relative au vol.

Bien que cette conclusion suffise pour trancher le pourvoi relativement à l'accusation d'avoir conseillé de commettre un vol, je tiens également à traiter de la seconde restriction applicable à l'expression «une chose quelconque», c'est-à-dire qu'un bien doit pouvoir être pris ou détourné d'une manière qui entraîne une privation pour la victime. Les choses tangibles ne présentent aucune difficulté à cet égard, car on conçoit facilement qu'elles puissent être prises et détournées. Les choses purement intangibles, par contre, comme elles n'ont pas d'existence matérielle, ne peuvent évidemment faire l'objet que d'un détournement; elles ne peuvent être prises. La «prise» d'une chose intangible ne peut se produire que lorsque cette chose fait corps avec un objet tangible, par exemple un chèque, un certificat d'actions ou une liste contenant des renseignements. Toutefois, il ne s'agirait pas alors de la prise de la chose intangible elle-même, mais plutôt de l'objet matériel qui en constate l'existence.

La question est donc de savoir si les renseignements confidentiels sont par leur nature susceptibles d'être pris ou détournés. À mon avis, mis à

highly unusual circumstances, it is not. As we have seen, information *per se* cannot be the subject of a taking. As for conversion, it is defined as an act of interference with a chattel inconsistent with the right of another, whereby that other is deprived of the use and possession of it. Confidential information is not of a nature such that it can be converted because if one appropriates confidential information without taking a physical object, for example by memorizing or copying the information or by intercepting a private conversation, the alleged owner is not deprived of the use or possession thereof. Since there is no deprivation, there can be no conversion. The only thing that the victim would be deprived of is the confidentiality of the information. In my opinion, confidentiality cannot be the subject of theft because it does not fall within the meaning of "anything" as defined above.

It is no doubt possible to imagine far-fetched situations where the victim would actually be deprived of confidential information. For instance, to give but one example, if an outsider elicits from an employee of the company, who is the only employee to hold a secret formula, not only that confidential information but also the undertaking to keep it secret from his employer. In these circumstances, assuming that confidential information is property, the element of deprivation would be met. However we must recognize that these factual situations are somewhat fanciful and will seldom occur. It would be odd indeed that these rare situations be covered by the law of theft, while the vast majority of cases concerning the appropriation of confidential information would remain beyond the reach of our theft section. I am thus of the view that as a matter of policy, it is best to exclude altogether confidential information from the realm of theft.

In the case at bar, the majority of the Court of Appeal held that if Hart had taken the information requested, the hotel would not have been deprived of the information, but of its character of

part certaines circonstances extrêmement rares et très exceptionnelles, ils ne le sont pas. Comme nous l'avons déjà vu, les renseignements eux-mêmes ne peuvent pas être pris. Quant au détournement, il est défini comme un acte accompli à l'égard d'un bien meuble, qui est incompatible avec le droit d'une autre personne et qui la prive de l'usage et de la possession dudit bien. Les renseignements confidentiels ne sont pas d'une nature telle qu'ils peuvent être détournés parce que, si l'on s'approprie des renseignements confidentiels sans s'emparer d'un objet matériel, par exemple en mémorisant ou en copiant des renseignements ou en interceptant une conversation privée, le prétendu propriétaire ne se voit privé ni de l'usage ni de la possession de ces renseignements. Puisqu'il n'y a pas de privation, il ne peut y avoir de détournement. La victime ne serait alors privée que de la confidentialité des renseignements. Or, selon moi, la confidentialité ne peut faire l'objet d'un vol parce qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'expression «une chose quelconque» définie précédemment.

Il est sans doute possible d'imaginer des situations bizarres où la victime serait réellement privée de renseignements confidentiels. Supposons, pour ne donner qu'un seul exemple, qu'un tiers soutire d'un employé de la société, seul à connaître une formule secrète, non seulement cette formule mais aussi l'engagement de ne pas la divulguer à son employeur. Dans ces circonstances, à supposer que les renseignements confidentiels soient des biens, il y aurait l'élément de privation. Nous devons toutefois reconnaître que cette situation est quelque peu fantaisiste et ne se présentera que rarement. Il serait d'ailleurs bien étrange que ce genre de situation rare relève du droit relatif au vol, tandis que la grande majorité des cas d'appropriation de renseignements confidentiels échapperait à l'application de notre article relatif au vol. J'estime en conséquence que, sur le plan de la politique judiciaire, il vaut mieux exclure entièrement les renseignements confidentiels du domaine du vol.

En l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a conclu que, si Hart avait pris les renseignements qu'on lui avait demandés, l'hôtel n'aurait pas été privé de ces renseignements mais de leur caractère

confidentiality. As a result, the Court was of the opinion that Hart would have had the intent set out in s. 283(1)(d), that is, dealing with the information in such a manner that it could not be restored in its original confidential condition. With respect, the Court of Appeal did not properly consider the *actus reus* required for committing the offence, that is a taking or a conversion. As I said one cannot be deprived of confidentiality, because one cannot own confidentiality. One enjoys it. Therefore, appellant should not have been convicted on the sole basis that he might have had the intent set out in s. 283(1)(d) since the commission of the *actus reus* was not and could not be established.

Before this Court, respondent also argued that appellant intended to deprive the hotel of the special property or interest which it had in the list, contrary to s. 283(1)(a). Respondent contended that this special property or interest is what gave the list its value, namely its confidentiality, and thus that the absence of intent to deprive of the use of the information is irrelevant. I cannot agree with this suggestion. The "special property or interest" in s. 283(1)(a) refers to a proprietary possessory right in the thing stolen. This section contemplates for example the case of the owner of an object who, having pawned it, steals it back from the pawnbroker. Theft would then be committed because the pawnbroker has a special property or interest in the object, even against the owner. Although confidentiality might give some value to the information, it does not confer a special property or interest in it to anyone. Since confidential information is not property, it follows that one cannot have a proprietary possessory right in something that is not property. Furthermore, as I have said above, establishing that an offender has the intent required is not sufficient proof of guilt if the *actus reus* has not been committed.

As an additional ground for finding guilt, Cory J.A. held that even if information *per se* is not

confidentiel. La Cour a estimé en conséquence que Hart aurait eu l'intention énoncée à l'al. 283(1)d), c'est-à-dire celle d'agir à l'égard des renseignements de telle manière qu'il soit impossible de les remettre dans leur état confidentiel primitif. Avec égard, j'estime que la Cour d'appel n'a pas dûment pris en considération l'*actus reus* requis pour qu'il y ait infraction, c'est-à-dire le fait de prendre ou de détourner. Comme je l'ai déjà dit, on ne peut être privé de la confidentialité parce qu'on ne peut pas en être propriétaire. On en a simplement la jouissance. En conséquence, l'appellant n'aurait pas dû être reconnu coupable pour le seul motif qu'il a pu avoir l'intention requise par l'al. 283(1)d), car la perpétration de l'*actus reus* n'a pas été établie et ne pouvait pas l'être.

En cette Cour, l'intimée a fait valoir en outre que l'appellant avait l'intention de priver l'hôtel du droit de propriété spécial ou l'intérêt spécial que ce dernier avait dans la liste, ce qui constituait une infraction à l'al. 283(1)a). Selon l'intimée, c'est à ce droit de propriété spécial ou à cet intérêt spécial que tenait la valeur de la liste, c'est-à-dire à sa confidentialité, et partant, l'absence d'intention de priver de l'usage des renseignements est sans pertinence. Je ne puis admettre ce point de vue. Le «droit de propriété spécial ou [l']intérêt spécial» dont parle l'al. 283(1)a) consiste en un droit de propriété et de possession sur la chose volée. Cet article envisage par exemple le cas du propriétaire d'un objet qui, l'ayant mis en gage, le vole au prêteur sur gages. Il y aurait alors vol parce que le prêteur sur gages jouit d'un droit de propriété ou intérêt spécial dans l'objet en question qu'il peut faire valoir même contre le propriétaire. Bien que la confidentialité puisse donner aux renseignements une certaine valeur, elle ne confère à personne un droit de propriété spécial ni un intérêt spécial à leur égard. Puisque les renseignements confidentiels ne sont pas des biens, il s'ensuit qu'on ne peut avoir sur une chose qui n'est pas un bien un droit de propriété et de possession. Qui plus est, je le répète, si l'inculpé n'a pas commis l'*actus reus*, il ne suffit pas pour établir sa culpabilité de prouver qu'il a eu l'intention requise.

Comme motif additionnel à l'appui de sa conclusion, le juge Cory ajoute que, même si les rensei-

property, there still remains a right of property in confidential information which is now protected by the provisions of the *Copyright Act*. As copyright is, in his view, property, it falls within the scope of s. 283(1) and can therefore be the object of theft. The employer's list in the case at bar is indeed a "literary work" as defined in s. 2 of the Act, and thus the subject of copyright under s. 3 thereof. Does that mean however that the unauthorized reproduction of copyrighted information amounts to theft?

Copyright is defined as the exclusive right to produce or reproduce a work in its material form (s. 3). A mere copier of documents, be they confidential or not, does not acquire the copyright nor deprive its owner of any part thereof. No matter how many copies are made of a work, the copyright owner still possesses the sole right to reproduce or authorize the reproduction of his work. Such copying constitutes an infringement of the copyright under s. 17 of the Act, but it cannot in any way be theft under the criminal law. While one can, in certain circumstances, steal a chose in action, the rights provided in the *Copyright Act* cannot be taken or converted as their owner would never suffer deprivation. Therefore, whether or not copyright is property, it cannot, in my opinion, be the object of theft under s. 283(1) of the *Code*.

To summarize in a schematic way: "anything" is not restricted to tangibles, but includes intangibles. To be the subject of theft it must, however:

1. be property of some sort;
2. be property capable of being
 - (a) taken—therefore intangibles are excluded; or
 - (b) converted—and may be an intangible;

gnements ne sont pas en soi des biens, il reste néanmoins que les renseignements confidentiels font l'objet d'un droit de propriété maintenant protégé par les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme les droits d'auteur sont, selon lui, des biens, ils tombent sous le coup du par. 283(1) et peuvent en conséquence être volés. La liste établie par l'employeur en l'espèce est bel et bien une «œuvre littéraire» selon la définition de l'art. 2 de la Loi et fait donc l'objet d'un droit d'auteur au sens de l'art. 3 de ladite loi. Cela signifie-t-il toutefois que la reproduction non autorisée d'information visée par un droit d'auteur constitue un vol?

Le droit d'auteur est défini comme le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre sous une forme matérielle (art. 3). Celui qui ne fait que copier des documents, qu'ils soient ou non confidentiels, n'acquiert pas le droit d'auteur et ne prive pas le titulaire d'une partie de celui-ci. Peu importe le nombre de copies qu'on fait d'une œuvre, le titulaire du droit d'auteur continue à posséder le droit exclusif de reproduire son œuvre ou d'en autoriser la reproduction. Aux termes de l'art. 17 de la Loi, quiconque fait ainsi des copies viole le droit d'auteur, mais cela ne constitue nullement un vol aux fins du droit criminel. Si l'on peut dans certaines circonstances voler un droit incorporel, les droits accordés par la *Loi sur le droit d'auteur* ne peuvent être pris ni détournés, car leur propriétaire n'en subirait jamais une privation. Par conséquent, indépendamment de la question de savoir si un droit d'auteur est un bien, il ne peut, selon moi, faire l'objet d'un vol au sens du par. 283(1) du *Code*.

Résumons de façon schématique: «une chose quelconque» n'est pas limitée aux choses tangibles, mais inclut les choses intangibles. Toutefois, pour pouvoir être volé, la «chose quelconque» doit être:

1. un bien de quelque sorte;
2. un bien qui puisse être
 - a) pris—donc les choses intangibles sont exclues; ou
 - b) détourné—donc éventuellement une chose intangible;

(c) taken or converted in a way that deprives the owner of his proprietary interest in some way.

Confidential information should not be, for policy reasons, considered as property by the courts for the purposes of the law of theft. In any event, were it considered such, it is not capable of being taken as only tangibles can be taken. It cannot be converted, not because it is an intangible, but because, save very exceptional far-fetched circumstances, the owner would never be deprived of it.

For all these reasons, I am of the opinion that confidential information does not come within the meaning of the word "anything" of s. 283(1) of the *Criminal Code*.

II

Fraud

Appellant has also been charged with counselling the commission of fraud contrary to s. 338(1) of the *Criminal Code*:

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;

Very little was argued in this Court in relation to the fraud charge. Be that as it may, it must be addressed given my conclusion as regards the theft charge.

In *R. v. Olan, supra*, this Court held that the element of "defraud" in s. 338(1) is established by proving a dishonest deprivation. The proof of a risk of prejudice to the economic interests of the victim is sufficient evidence of the deprivation; actual economic loss is not essential.

c) pris ou détourné d'une manière qui prive de quelque façon le titulaire de son droit sur un bien.

^a Pour des raisons de politique judiciaire, les tribunaux ne devraient pas, dans les affaires de vol, considérer les renseignements confidentiels comme des biens. De toute façon, même si on les considère comme des biens, ils ne peuvent être pris puisque seuls des objets tangibles peuvent l'être. Ils ne peuvent être détournés, non pas parce qu'ils sont intangibles, mais parce que le propriétaire n'en serait jamais privé, sauf dans des circonstances très exceptionnelles et fantaisistes.

^c Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'expression «une chose quelconque» employée au par. 283(1) du *Code criminel* n'englobe pas les renseignements confidentiels.

^d

II

La fraude

^e L'appelant a été accusé en outre d'avoir conseillé à une autre personne de commettre une fraude, contrairement au par. 338(1) du *Code criminel*. Le paragraphe 338(1) est ainsi conçu:

^f 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

^g 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;

^h En cette Cour, l'accusation de fraude a été très peu débattue. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une question sur laquelle il faut se pencher, étant donné ma conclusion en ce qui concerne le vol.

ⁱ Dans l'arrêt *R. c. Olan*, précité, cette Cour a conclu qu'on établit l'élément de frustration requis par le par. 338(1) en prouvant l'existence d'une privation malhonnête. La preuve que les intérêts économiques de la victime risquent de subir un préjudice suffit pour démontrer la privation; il n'est pas nécessaire qu'il y ait une perte économique réelle.

On the basis of this decision, the majority of the Court of Appeal was of the opinion that, since promotional groups had previously offered money to the hotel to obtain the list of its employees, Hart's appropriation of that information would have caused a risk of prejudice to the hotel's economic interests. The Court therefore found appellants guilty of counselling the commission of fraud.

In his dissent Lacourcière J.A. was of the view that appellants was not guilty under that count. He held that the hotel was not defrauded of confidential information since he found that such information was neither "property, money [n]or valuable security". The only question remaining was whether the appropriation of the information would have resulted in a risk of economic loss amounting to deprivation. In this regard, Lacourcière J.A. stated (at p. 236):

It is conceded that there was no intention on the part of the hotel to deal in a commercial way with the confidential information. The hotel would not have been defrauded of money or of any economic advantage; all that the hotel stood to lose was the confidentiality of the information. Although the respondent would have received some money for the information I find it difficult to see how the hotel suffered the requisite deprivation or detriment within the meaning of *R. v. Olan*, *supra*. The deprivation would be clear if the confidential information had been in the nature of a trade secret or copyrighted material having a commercial value intended to be exploited by the victim.

In this I agree with Lacourcière J.A. for the reasons quoted above.

I would therefore allow the appeal and restore the acquittals entered by the trial judge.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Se fondant sur cet arrêt, la majorité en Cour d'appel a estimé que, puisque des agences publicitaires avaient déjà offert de l'argent à l'hôtel en échange de la liste de ses employés, les intérêts économiques de l'hôtel auraient pu subir un préjudice si Hart s'était approprié les renseignements. La Cour a donc déclaré l'appellant coupable d'avoir conseillé à une autre personne la perpétration d'une fraude.

Dans sa dissidence, cependant, le juge Lacourcière s'est dit d'avis que l'appellant ne s'était pas rendu coupable de cette infraction. Il a conclu que l'hôtel n'avait pas été frustré de renseignements confidentiels parce que, selon lui, ceux-ci n'étaient ni des biens, ni de l'argent, ni des valeurs. La seule question qui restait donc à trancher était celle de savoir si l'appropriation des renseignements en question aurait entraîné un risque de perte économique constituant une privation. À ce propos, le juge Lacourcière a dit (à la p. 236):

[TRADUCTION] On reconnaît qu'il n'y a eu aucune intention de la part de l'hôtel d'utiliser les renseignements confidentiels en cause à des fins commerciales. L'hôtel n'aurait donc pas été frustré d'argent ni d'un avantage économique quelconque; tout ce qu'il risquait de perdre était le caractère confidentiel des renseignements. Quoique l'intimé eût reçu de l'argent en contrepartie des renseignements, je vois mal en quoi l'hôtel a pu subir la privation ou le préjudice exigés par l'arrêt *R. c. Olan*, précité. La privation aurait été claire si les renseignements confidentiels avaient revêtu la forme d'un secret industriel ou de données faisant l'objet d'un droit d'auteur ayant une valeur commerciale et dont la victime entendait tirer parti.

J'abonde dans le sens du juge Lacourcière pour les raisons qu'il expose dans le passage reproduit ci-dessus.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les acquittements prononcés par le juge de première instance.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Her Majesty The Queen Appellant

v.

Claude Vermette Respondent

INDEXED AS: R. v. VERMETTE

File No.: 18919.

1987: December 2; 1988: May 26.

Present: Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair trial — Remedies — Motion for stay of proceedings pursuant to s. 24 of the Charter — Widely reported speech in National Assembly respecting accused's defence and credibility of a witness — Whether right to fair trial jeopardized — Whether stay of proceedings should be upheld — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).

Respondent's trial was discontinued by the trial judge because the exceptional publicity given to statements made in the National Assembly about the accused's defence and the credibility of a witness made it impossible to conduct a fair trial. A new trial was ordered but, before a date was fixed, the respondent brought two motions: one to quash the information and to have the accused set free, and the second, based on s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to stay the pending proceedings and any other proceedings that might be laid against the accused in respect of the same facts, as well as the remedies sought in the first motion. The judge who heard the motions granted both motions and accordingly ordered a stay of proceedings of the pending charges and of any other charge that might be laid against him in respect of the same facts. An appeal from this decision was dismissed on its merits by a majority of the Court of Appeal. Appellant appealed as of right.

Held (Lamer J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McIntyre, Wilson and La Forest JJ.: As regards the motion made pursuant to the *Charter*, the stay of proceedings was premature: whether the respondent can be tried by an impartial jury can only be determined

* Estey J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine Appelante

c.

Claude Vermette Intimé

a RÉPERTORIÉ: R. c. VERMETTE

N° du greffe: 18919.

1987: 2 décembre; 1988: 26 mai.

b Présents: Les juges Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès équitable — Réparations — Requête en suspension d'instance fondée sur l'art. 24 de la Charte — Grande diffusion d'un discours prononcé devant l'Assemblée nationale portant sur la défense de l'accusé et sur la crédibilité d'un témoin — Y a-t-il eu atteinte au droit à un procès équitable? — La suspension d'instance doit-elle être maintenue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d, 24(1).

Le juge du procès a mis un terme au procès de l'intimé parce que la publicité exceptionnelle qu'ont reçue des déclarations faites devant l'Assemblée nationale concernant la défense de l'accusé et la crédibilité d'un témoin rendait impossible la tenue d'un procès équitable. Un nouveau procès a été ordonné, mais avant que la date ne soit fixée, l'intimé a présenté deux requêtes, l'une visant à obtenir l'annulation de l'acte d'accusation et la libération de l'accusé et la seconde, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, demandant la suspension des procédures à l'égard de l'acte d'accusation pendant et de tout autre acte d'accusation pouvant être porté contre l'accusé pour les mêmes incidents, ainsi que les réparations demandées dans la première requête. Le juge du procès, qui a entendu les requêtes, les a toutes deux accueillies et a donc ordonné la suspension de l'instance relative à l'acte d'accusation en question et à tout autre acte d'accusation pouvant être porté contre l'accusé pour les mêmes incidents. L'appel interjeté contre cette décision a été rejeté par la Cour d'appel à la majorité. L'appelante se pourvoit de plein droit.

i Arrêt (le juge Lamer est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges McIntyre, Wilson et La Forest: En ce qui concerne la requête présentée en vertu de la *Charte*, la suspension d'instance a été prématurée, car ce n'est qu'au stade du choix des jurés que l'on peut déterminer

* Le juge Estey n'a pas pris part au jugement

when the jury is selected. No evidence indicated that it would be impossible to select an impartial jury and speculation on the matter should not be relied on in deciding the question. The question of an appellate court's substituting its opinion for that of the trial judge therefore did not arise here.

Although publicity should lead to challenge for cause at trial in an extreme case, it need not be assumed that a person subjected to such publicity will necessarily be biased. A jury is quite capable of disabusing itself of information that it is not entitled to consider.

Judicial abdication is not the remedy for an infringement of the *sub judice* rule, especially where serious accusations are made against the police and government leaders. Such accusations should be scrutinized by the judiciary in the public interest. The reckless remarks of politicians should not frustrate that process.

The trial judge erred in law in granting a stay of proceedings under the first motion because the motion sought to quash the information and not to stay the proceedings. Even if the trial judge were correct in this respect, the disposition would remain unchanged for the evidence did not show that the Attorney General had committed an abuse of process.

Per Lamer J. (dissenting): The jurisdiction of the Superior Court judge to stay the proceedings is not in issue but rather his conclusion in light of the circumstances. Absent apparent error on the face of the record, this Court should not substitute its view of the circumstances for that of the Superior Court judge, who clearly was in a better position to assess the significance of the statements made in the National Assembly.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; **considered:** *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, aff'd [1977] 2 S.C.R. 267; **referred to:** *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Goguen*, Que. S.C., Biron J., No. 500-01-006139-817, November 16, 1982; *R. v. Parent* (1986), 23 C.R.R. 291.

s'il est impossible que l'intimé puisse être jugé par un jury impartial. Or, il n'y a aucune preuve indiquant qu'il serait impossible de former un jury impartial et on ne doit pas se fonder sur des conjectures pour trancher la question. Le cas d'un tribunal d'appel qui substitue son avis à celui du juge du procès ne se présente donc pas en l'espèce.

Bien que la publicité puisse entraîner dans un cas extrême des récusations motivées au procès, il ne faut pas nécessairement présumer qu'une personne soumise à cette publicité sera nécessairement partielle. Un jury est parfaitement capable de ne pas tenir compte de renseignements qu'il n'a pas le droit de prendre en considération.

L'abdication judiciaire n'est pas le remède à la violation de la règle *sub judice*, surtout lorsqu'on porte des accusations graves contre la police et les dirigeants gouvernementaux. Le public a droit à ce que ces accusations soient éclaircies par le judiciaire. Les remarques irréflechies d'hommes politiques ne doivent pas mettre ce processus en échec.

Le juge du procès a commis une erreur de droit en ordonnant la suspension d'instance aux termes de la première requête, car celle-ci visait à obtenir non pas la suspension d'instance, mais l'annulation de l'acte d'accusation. Même si le juge du procès a eu raison à cet égard, il faudrait arriver à la même conclusion puisque rien dans la preuve ne démontre que le procureur général a commis un abus de procédure.

Le juge Lamer (dissident): Ce qui est en cause n'est pas la compétence du juge de la Cour supérieure d'arrêter les procédures, mais bien sa conclusion vu les circonstances. À moins d'erreur manifeste apparaissant à la lecture du dossier, la Cour ne doit pas substituer son appréciation des circonstances à celle du juge de la Cour supérieure, qui est beaucoup mieux placé pour apprécier l'ampleur de l'effet préjudiciable des propos tenus à l'Assemblée nationale.

h Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; **arrêt examiné:** *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, conf. [1977] 2 R.C.S. 267; **arrêts mentionnés:** *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Goguen*, C.S. Qué., le juge Biron, N° 500-01-006139-817, le 16 novembre 1982; *R. c. Parent* (1986), 23 C.R.R. 291.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 605(1)(c).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1984] C.A. 466, 15 D.L.R. (4th) 218, 16 C.C.C. (3d) 532, 45 C.R. (3d) 341, dismissing an appeal from a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 1006, 1 C.C.C. (3d) 477, 30 C.R. (3d) 129, 3 C.R.R. 12. Appeal allowed, Lamer J. dissenting.

Claude Provost, for the appellant.

Harvey Yarosky and Richard Mongeau, for the respondent.

English version of the judgment of McIntyre, Wilson and La Forest JJ. delivered by

LA FOREST J.—This appeal relates to two motions made by the respondent, Vermette, before a judge of the Superior Court of the province of Quebec. The first sought to quash the information against him, the second sought a stay of proceedings or to quash the information under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which empowers a court of competent jurisdiction to accord such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. The facts are as follows.

The respondent, an inspector with the Royal Canadian Mounted Police (the "R.C.M.P."), was accused of breaking and entering and theft of computer tapes containing the list of members of the Parti québécois and of conspiring to do so. Several other officers and former officers of the R.C.M.P. were also accused of the same offences in other cases.

The respondent chose to be tried by judge and jury. His trial, presided by Barrette-Joncas J., began on April 13, 1982. On May 5, 1982, the defence called its second witness, a former R.C.M.P. officer, who, though not accused in the present case, is one of the persons named as a co-conspirator. He was in fact in charge of the R.C.M.P. operations relating to separatists/terrorists in the territory of Quebec at the time of the alleged conspiracy. The defence resorted to the

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(1).

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605(1)c).

^a POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 466, 15 D.L.R. (4th) 218, 16 C.C.C. (3d) 532, 45 C.R. (3d) 341, qui a rejeté un appel d'un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 1006, 1 C.C.C. (3d) 477, 30 C.R. (3d) 129, 3 C.R.R. 12. Pourvoi accueilli, le juge Lamer est dissident.

Claude Provost, pour l'appelante.

^c *Harvey Yarosky et Richard Mongeau*, pour l'intimé.

Le jugement des juges McIntyre, Wilson et La Forest a été rendu par

^d LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi a trait à deux requêtes présentées par l'intimé Vermette devant un juge de la Cour supérieure de la province de Québec. La première vise à faire casser l'acte d'accusation l'inculpant, la seconde vise une suspension des procédures ou de casser l'acte d'accusation en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui permet à un tribunal compétent d'ordonner la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Voici les faits.

^e L'intimé, un inspecteur de la Gendarmerie royale du Canada (la «G.R.C.»), a été inculpé du vol par effraction de bobines d'ordinateurs contenant la liste des membres du Parti québécois et de complot à cette fin. Plusieurs autres agents ou ex-agents de la G.R.C. ont également été accusés des mêmes infractions dans des dossiers différents.

^f L'intimé a choisi d'être jugé devant juge et jury. Son procès, présidé par le juge Barrette-Joncas, a débuté le 13 avril 1982. Le 5 mai 1982, la défense a fait entendre son deuxième témoin, un ex-agent de la G.R.C., qui, bien qu'il n'ait pas été accusé dans le présent dossier, est une des personnes nommées comme co-conspirateur. Il était en effet chargé des opérations de la G.R.C. relatives aux séparatistes / terroristes sur le territoire du Québec à l'époque du présumé complot. La défense a eu

testimony of this former colleague of the respondent in an attempt to establish that the respondent had acted in good faith in his capacity as an officer of the R.C.M.P.

What led to the present litigation is that some of the statements of the witness constituted serious accusations against the Parti québécois and some of its leaders. On the day this evidence was given, during question period at the National Assembly of the province of Quebec, the then leader of the opposition asked the Premier to deny or to confirm these accusations. Despite the fact that the Speaker had warned the House that these remarks tended to create serious prejudice to the rights of the respondent, the Premier denounced not only the actions of the witness, whose credibility he attacked in colourful and abusive language, but also those of the defence lawyers, the federal government and the R.C.M.P. He even accused members of the R.C.M.P. of having committed several crimes. This diatribe lasted some twenty minutes.

As one might expect, this exchange received exceptional publicity in the media. The Premier's remarks made headlines in the newspapers on the following and on succeeding days. The newspaper, television and radio coverage was such that Barrette-Joncas J. found it necessary to discontinue the trial. In her view, the exceptional publicity given the incident that had taken place in the National Assembly made it impossible to conduct a fair trial. No one questions the correctness of this decision.

A new trial was ordered, but before a date was fixed, the respondent brought the two motions already mentioned before Greenberg J. The first, we saw, seeks to quash the information and to have the accused set free, while the second, based on s. 24(1) of the *Charter*, seeks the stay of the pending proceedings and any other proceedings that may be laid against the accused in respect of the same facts, as well as the remedies sought in the first motion.

recours au témoignage de cet ancien confrère de l'intimé pour tenter de prouver que l'intimé avait agi de bonne foi en sa qualité d'agent de la G.R.C.

^a Ce qui a conduit au présent litige est que certaines des déclarations du témoin constituaient de graves accusations contre le Parti québécois et certains de ses dirigeants. Le même jour du témoignage, durant la période des questions à l'Assemblée nationale de la province de Québec, le chef de l'opposition de l'époque demanda au premier ministre de nier ou de confirmer ces accusations. ^b Malgré que le Président ait averti la Chambre que ces remarques risquaient de porter gravement préjudice aux droits de l'intimé, le premier ministre dénonça non seulement les agissements du témoin dont il attaqua la crédibilité dans un langage ^c imagé et abusif, mais aussi ceux des avocats de la ^d défense, du gouvernement fédéral et de la G.R.C. Il accusa même les membres de la G.R.C. d'avoir commis divers crimes. Cette diatribe dura une vingtaine de minutes.

^e Comme l'on pouvait s'y attendre, cet échange eut une publicité exceptionnelle dans les médias. Les propos du premier ministre firent la manchette des journaux le lendemain et les jours suivants. La ^f diffusion par les journaux, la télévision et la radio fut telle que le juge Barrette-Joncas s'est trouvée dans l'obligation d'avorter le procès. Elle a estimé que la publicité exceptionnelle reçue par l'incident ^g qui s'était produit à l'Assemblée nationale rendait impossible la tenue d'un procès juste et équitable. Personne n'a soulevé de question quant au bien-fondé de cette décision.

^h Un nouveau procès fut ordonné, mais avant que la date soit fixée, l'intimé présenta les deux requêtes déjà mentionnées devant le juge Greenberg. La première, nous l'avons vu, vise la cassation de l'acte d'accusation et la libération de l'accusé, ⁱ tandis que la seconde, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, demande la suspension des procédures à l'égard de l'acte d'accusation pendant et à l'égard de tout autre acte d'accusation qui pourrait être ^j porté contre l'accusé pour les mêmes incidents, ainsi que les réparations demandées dans la première requête.

After having referred to and reaffirmed the principles of the separation of power, the "rule of law", the integrity of the judicial process, and the independence of the judiciary and the scheme of the *Charter*, Greenberg J. came to the conclusion that the remarks made by the Premier in the National Assembly of Quebec, as well as the exceptional publicity that had surrounded them, infringed the rights of the respondent to a full and complete defence and to a fair trial guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. This infringement, in the judge's view, amounted to a denial of the rights of the respondent, and the court therefore had a duty to provide a remedy.

Greenberg J. then turned his attention to the motion to quash the information, and expressed the view that it was based on the doctrine of abuse of process which, if allowed, ordinarily results in a stay of proceedings. He relied on this Court's judgment in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, for his view that the doctrine of abuse of process continues to exist in Canada and may therefore be applied by courts of first instance in the exceptional cases where it is justified, i.e., in cases where continuation of the prosecution would be so oppressive and vexatious as to amount to an abuse of process. In his view, to require the respondent to be tried a second time in this case would be so oppressive and vexatious as to amount to an abuse of process and real injustice. On this basis, the accused, in his view, had three possible remedies, namely, (1) an acquittal, (2) the quashing of the information and (3) a stay of proceedings. The first of these remedies could not be granted since only a court composed of a judge and jury (as the accused had chosen) could acquit him. As to the second possibility, the judge also rejected it for the reason that, under the *Criminal Code*, the court did not have the power to quash the information which was regular and complete. In consequence, he concluded that the only appropriate remedy was a stay of proceedings.

Turning then to the motion based on s. 24(1), the judge concluded that a stay of proceedings was an appropriate remedy for the alleged infringement.

Après avoir rappelé et réaffirmé les principes de la séparation des pouvoirs, de la «primauté du droit», de l'intégrité du processus judiciaire, de l'indépendance de la magistrature et l'économie de la *Charte*, le juge Greenberg en est arrivé à la conclusion que les commentaires faits par le premier ministre à l'Assemblée nationale du Québec ainsi que la publicité exceptionnelle les ayant entourés ont violé les droits de l'intimé à une défense pleine et entière et à un procès juste et équitable que garantissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Cette violation, selon le juge, équivalait à une négation des droits de l'intimé, et la cour avait donc le devoir d'accorder une réparation.

Abordant alors la requête en cassation de l'acte d'accusation, le juge Greenberg s'est dit d'avis que celle-ci était fondée sur la doctrine de l'abus des procédures, qui, si on l'admet, entraîne normalement une suspension des procédures. Il s'est appuyé sur l'arrêt de cette Cour, *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, pour déclarer que la doctrine de l'abus des procédures existe toujours au Canada et peut donc être appliquée par les tribunaux de première instance dans les cas exceptionnels le justifiant, c.-à-d., dans les cas où la continuation de la poursuite serait si oppressive et vexatoire qu'elle constituerait un abus des procédures. À son avis, obliger l'intimé à subir un deuxième procès, en l'espèce, serait si oppressif et vexatoire qu'il en résulterait un abus des procédures et une injustice réelle. Partant, selon lui, trois réparations possibles s'offrent à l'accusé, savoir (1) l'acquiescement, (2) la cassation de l'acte d'accusation et (3) la suspension des procédures. La première réparation ne peut être accordée car seule une cour composée d'un juge et jury (comme l'a choisie l'accusé) peut l'acquiescer. Quant à la deuxième possibilité, le juge l'a également rejetée pour le motif que, en vertu du *Code criminel*, la cour n'avait pas le pouvoir de casser l'acte d'accusation qui était régulier et complet. Donc, il en arriva à la conclusion que la seule réparation appropriée était la suspension des procédures.

Examinant ensuite la requête fondée sur le par. 24(1), le juge a conclu que la suspension des procédures était une réparation adaptée à la violation alléguée.

In short, he granted both motions and ordered a stay of proceedings of the pending charges and of any other charge that might be laid against him in respect of the same facts.

The Crown appealed this decision to the Court of Appeal of Quebec. The respondent then filed a motion to quash the appeal on the ground that no right of appeal existed. This motion was denied because a stay of proceedings is subject to appeal because it amounts to an acquittal for the purposes of an appeal; the court relied on the following decisions of this Court: *Amato v. The Queen, supra; Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493; see also *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, and now s. 605(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

A majority, Kaufman, L'Heureux-Dubé and Chouinard JJ., dismissed the appeal on the merits. The late Chief Justice Crête and Beauregard J. dissented. Each of the judges gave separate reasons.

I turn now to the majority judges. Kaufman J. was of the view that, while in theory it might be possible to find a jury that would consider itself capable of adjudging the respondent's case solely in relation to the evidence presented before the court, in practice, there will always be a doubt concerning the fairness of the trial. That doubt, in his view, justified the dismissal of the appeal because the rights of the respondent were seriously affected.

For L'Heureux-Dubé J., while the judiciary finds itself paralyzed by the nature of the acts of the head of the provincial executive power, this aspect of the matter should not override the inalienable right of the accused to a fair trial. Indeed, in her view, the trial of the respondent could not give the guarantees of justice, fairness and impartiality essential to the determination of the guilt or innocence of the accused. The principle of the presumption of innocence is here threatened and must therefore be protected. Finally, the judge held that s. 24 confers on the judge having

Bref, il a accueilli les deux requêtes et ordonné la suspension des procédures sur l'acte d'accusation pendant et sur tout autre acte d'accusation pouvant être porté contre l'accusé pour les mêmes incidents.

Le ministère public a interjeté appel de cette décision à la Cour d'appel du Québec. L'intimé a alors déposé une requête pour rejet d'appel en alléguant qu'il n'existait pas de droit d'appel. Cette requête a été rejetée pour les motifs qu'un jugement qui ordonne la suspension des procédures sur un acte d'accusation est susceptible d'appel vu qu'il est assimilable, aux fins d'un pourvoi, à un acquittement; la cour s'est appuyée sur les arrêts suivants de cette Cour: *Amato c. La Reine*, précité; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493; voir aussi *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, et maintenant l'al. 605(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

Sur le fond, la Cour d'appel à la majorité, formée des juges Kaufman, L'Heureux-Dubé et Chouinard, a rejeté l'appel. Le regretté juge en chef Crête et le juge Beauregard étaient dissidents. Chacun des juges a exposé ses propres motifs.

Je passe maintenant aux juges majoritaires. Le juge Kaufman est d'avis que, bien qu'en théorie on puisse peut-être trouver un jury qui se dise prêt à juger l'intimé uniquement en vertu de la preuve présentée devant le tribunal, en pratique, il régnera toujours un doute quant à l'impartialité du procès. Ce doute, selon lui, justifie le rejet de l'appel, car les droits de l'intimé ont été gravement atteints.

Selon le juge L'Heureux-Dubé, bien que le pouvoir judiciaire se trouve ici paralysé par la nature des actes du chef du pouvoir exécutif provincial, cette dimension de l'affaire ne saurait primer sur le droit inaliénable d'un accusé à un procès juste et équitable. En effet, le procès de l'intimé ne peut, à son avis, présenter les garanties de justice, d'équité et de sérénité essentielles pour déterminer l'innocence ou la culpabilité d'un accusé. Le principe de la présomption d'innocence est ici en péril et doit donc être privilégié. Enfin, le juge statue que l'art. 24 confère au juge saisi du litige un pouvoir discrétionnaire.

jurisdiction a sufficiently wide discretionary power to order the appropriate remedy.

Chouinard J. was also of the view that the judgment of Greenberg J. was well-founded. A flagrant infringement of a fundamental right of an accused such as existed here was sufficient, in these exceptional circumstances, to warrant a stay of proceedings. Indeed, it was more the extent of the breach of a fundamental right than the difficulty of selecting an impartial jury that, in his view, warranted the application of s. 24 of the *Charter*.

Crête C.J., dissenting, would have allowed the appeal and reversed the judgment of Greenberg J. In fact, there was no doubt, in his view, that the remarks made in the National Assembly were such as to seriously interfere with the right of the respondent to a fair trial. He was also of the view that s. 24(1) of the *Charter* provided an appropriate means of remedying this interference with fundamental rights. However, he was of the view that a stay of proceedings was premature in the present case. In fact, in his view, it would only be at the time when a jury was selected that it would be possible to determine whether it is impossible for the respondent to receive a fair trial by an impartial jury.

Beauregard J., like the Chief Justice, would have allowed the appeal. In his view, there was no evidence to indicate that it would be impossible to select an impartial jury in a reasonable time. Moreover, he stated that no proof had been presented to establish that the Attorney General had committed an abuse of process. While, according to Beauregard J., constitutional principles must at all times be protected, judicial abdication is nonetheless not the remedy for a violation of the parliamentary rule of *sub judice*.

The Crown appeals as of right from the decision of the Court of Appeal. The questions of law that he raises are based on the dissenting judgments of Crête C.J. and Beauregard J. The first of these questions relates to the jurisdiction of Greenberg J. in this case, given that the respondent only apprehended a contravention of his rights when a trial took place. However, since the filing of the

tionnaire assez large pour lui permettre d'appliquer la réparation appropriée.

Le juge Chouinard aussi estime le jugement du juge Greenberg bien fondé. Une violation aussi flagrante d'un droit fondamental d'un accusé, dans ces circonstances exceptionnelles, permet d'ordonner un arrêt des procédures. C'est d'ailleurs l'ampleur de préjudice causé à un droit fondamental bien plus que la difficulté de choisir des jurés impartiaux qui, selon lui, justifie l'application de l'art. 24 de la *Charte*.

Le juge en chef Crête, dissident, aurait accueilli l'appel et infirmé le jugement du juge Greenberg. Il ne fait pas de doute, selon lui, que les propos tenus à l'Assemblée nationale étaient de nature à porter gravement atteinte au droit de l'intimé d'avoir un procès juste et équitable. Il est aussi d'avis que le par. 24(1) de la *Charte* offre une réparation en soi appropriée pour remédier à cette violation des droits fondamentaux. Par ailleurs, il est d'avis que l'arrêt définitif des procédures est, en l'instance, prématuré. En effet, selon lui, c'est seulement au stade du choix des jurés que pourra être résolue la question de savoir s'il est impossible que l'intimé soit jugé par un jury impartial.

Le juge Beauregard, tout comme le juge en chef, aurait accueilli l'appel. Selon lui, aucune preuve n'indique qu'il serait impossible de former un jury impartial dans un délai raisonnable. De plus, il affirme qu'aucune preuve n'a été produite pour démontrer que le procureur général a commis un abus des procédures. Toujours selon le juge Beauregard, s'il faut protéger les principes constitutionnels, l'abdication judiciaire n'est cependant pas le remède à la violation de la règle *sub judice* par les parlementaires.

Le ministère public se pourvoit de plein droit de la décision de la Cour d'appel. Les questions de droit qu'il soulève sont basées sur les dissidences du juge en chef Crête et du juge Beauregard. La première de ces questions touche la compétence du juge Greenberg en l'espèce, étant donné que l'intimé ne faisait qu'appréhender une violation de ses droits au cours du procès à venir. Cependant,

notice of appeal, this Court has decided in the case of *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, that s. 24(1) applies not only in the case of an actual interference with the guaranteed rights, but also when an apprehension of such an interference at a future trial can be established by an applicant. The appellant, therefore, abandoned this ground of appeal. He, however, submits that the respondent has neither established that his right to a fair and public hearing by an impartial tribunal (see s. 11(d) of the *Charter*) was infringed or denied, or that such an interference may be apprehended.

As to the question of abuse of process, the Crown is of the view that this must be returned to the Court of Appeal, in view of the fact that the judges of that court did not deal with the question. For his part, respondent's counsel submits that if the appeal is allowed, the whole matter should be returned to the trial judge.

As regards the motion based on the provisions of the *Charter*, I am completely in agreement with the reasons given by the dissenting judges. In my view, a stay of proceedings was, in this case, premature. It is only at the stage when the jury is to be selected that it will be possible to determine whether the respondent can be tried by an impartial jury. This does not therefore involve substituting our opinion for that of the judge. As Beauregard J. notes, there is no evidence indicating that it will be impossible to select an impartial jury in a reasonable time. This is rather a matter of speculation.

In deciding the question, one must not, in my view, rely on speculation. As the Court of Appeal of Ontario observed in *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, at p. 289 (affirmed by this Court: [1977] 2 S.C.R. 267), "There is an initial presumption that a juror . . . will perform his duties in accordance with his oath", and the fact that he may have read about the case through the media is by and large unimportant; see *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513, at pp. 518-19 (B.C.C.A.); *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, at p. 414, both cited with approval in *Hubbert*. In an extreme case (and the present certainly qualifies), such publicity should lead to challenge

depuis l'inscription de l'appel, cette Cour a décidé dans l'affaire *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, que le par. 24(1) s'applique non seulement dans le cas d'une violation réelle des droits garantis, mais aussi quand un requérant peut démontrer qu'il y a menace d'une telle violation. L'appelant a donc abandonné ce moyen d'appel. Il fait pourtant valoir que l'intimé n'a prouvé ni que son droit à un procès équitable et public indépendant et impartial (voir l'al. 11d) de la *Charte*) a été violé ou nié, ni que ce droit est menacé de l'être.

Pour ce qui est de la question d'abus des procédures, le ministère public estime que cette question doit être renvoyée à la Cour d'appel, étant donné que les juges de cette cour ne se sont pas prononcés là-dessus. Pour sa part, l'avocat de l'intimé prétend que si le pourvoi est accueilli, le tout devrait être renvoyé au juge du procès.

En ce qui a trait à la requête fondée sur les dispositions de la *Charte*, je suis complètement d'accord avec les motifs exprimés par les juges dissidents. À mon avis, la suspension des procédures était, en l'instance, prématurée. C'est seulement au stade du choix des jurés que l'on peut déterminer s'il est impossible que l'intimé puisse être jugé par un jury impartial. Il n'est donc pas question de substituer notre opinion à celle du juge. Comme le juge Beauregard le signale, aucune preuve n'indiquait qu'il serait impossible de former un jury impartial dans un délai raisonnable. Il s'agit plutôt de spéculations.

Pour trancher la question, on ne doit pas, à mon avis, s'appuyer sur des spéculations. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, à la p. 289 (confirmé par cette Cour: [1977] 2 R.C.S. 267), [TRADUCTION] «Il existe une présomption de base qu'un juré [. . .] se déchargera de ses fonctions conformément à son serment», et le fait qu'il ait pu entendre parler de l'affaire dans les médias est somme toute sans importance; voir *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513, aux pp. 518-19 (C.A.C.-B.); *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, à la p. 414, décisions approuvées dans l'arrêt *Hubbert*. Dans un cas extrême (et la

for cause at trial, but I am far from thinking that it must necessarily be assumed that a person subjected to such publicity will necessarily be biased. The law on the matter was thus expressed in the following passage from *Hubbert*, at p. 292:

In an extreme case, publication of the facts of a case can give rise to the degree of partiality that should lead to the right to challenge for cause. Such a case was *R. v. Kray et al.*, *supra*, where there had been a previous trial, widely covered by the London press. At least two newspapers published discreditable facts, not in evidence at the trial, concerning some of the accused. At a subsequent trial for other serious offences, including murder, counsel for one of those accused sought to challenge prospective jurors for cause. After observing that the mere fact of accurate publication of the facts of a previous trial did not, in itself, produce a case of probable bias against jurors empanelled in a later case, Lawton, J., said at p. 415:

The situation, however, is, in my judgment, entirely different when newspapers, knowing that there is going to be a later trial, dig up from the past of the convicted who have to meet further charges discreditable allegations which may be either fact or fiction and those allegations are then publicised over a wide area. This does, in my judgment, lead to a prima facie presumption that anybody who may have read that kind of information might find it difficult to reach a verdict in a fair-minded way. It is, however, a matter of human experience, and certainly a matter of the experience of those who practice in the criminal courts, first, that the public's recollection is short, and, secondly, that the drama, if I may use that term, of a trial almost always has the effect of excluding from recollection that which went before. A person summoned for this case would not, in my judgment, disqualify himself merely because he had read any of the newspapers containing allegations of the kind I have referred to; but the position would be different if, as a result of reading what he had, his mind had become so clogged with prejudice that he was unable to try the case impartially.

This Court has recently had occasion to underline the confidence that may be had in the ability of a jury to disabuse itself of information that it is not

présente affaire entre certainement dans cette catégorie), une telle publicité entraînera des récusations motivées au procès, mais je suis loin de penser qu'on doive nécessairement présumer qu'une personne soumise à cette publicité sera nécessairement partielle. Voici comment le droit sur la question est énoncé dans le passage suivant de l'arrêt *Hubbert*, à la p. 292:

[TRADUCTION] Dans un cas extrême, la publication des faits peut entraîner un certain degré de partialité qui devrait donner ouverture au droit à la récusation motivée. Un exemple est l'affaire *R. v. Kray et al.*, précitée, dans laquelle il y avait eu antérieurement un procès largement diffusé par la presse londonienne. Deux quotidiens au moins avaient publié des faits déshonorants qui n'avaient pas été produits en preuve au procès, au sujet de certains des accusés. Au procès subséquent pour d'autres infractions, dont un meurtre, l'avocat d'un de ces accusés a essayé de demander la récusation motivée des futurs jurés. Après avoir souligné que la simple publication exacte des faits survenus à un procès antérieur ne démontrait la partialité probable des jurés formant le jury au procès subséquent, le juge Lawton a déclaré à la p. 415:

La situation est cependant, à mon sens, bien différente lorsque les journaux, tout en sachant qu'il va y avoir un procès, déterrent du passé des condamnés, qui font face à de nouvelles accusations, des allégations déshonorantes qui peuvent être des faits ou de la fiction, et que ces allégations sont largement diffusées. Ceci, à mon avis, crée à première vue une présomption que tout lecteur de ce genre d'information pourra trouver difficile d'en venir à un verdict avec équité. L'expérience humaine, cependant, et certainement celle des personnes qui pratiquent devant les tribunaux criminels, indiquent d'abord que la mémoire du public est courte et, ensuite, que le drame, si je puis dire, du procès a presque toujours pour effet d'exclure le souvenir de ce qui s'est passé précédemment. Une personne assignée dans cette affaire ne serait pas, à mon avis, disqualifiée du seul fait qu'elle a lu des journaux reproduisant des allégations du genre mentionné; mais la situation serait différente si, par suite de ses lectures, son esprit était tellement envahi par les préjugés qu'elle ne pouvait plus juger l'affaire impartialement.

Cette Cour a eu récemment l'occasion de souligner la confiance qu'on peut avoir dans la capacité d'un jury de se dégager de l'information qu'il n'a pas le

entitled to consider; see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

The issue in this case should then have been left to be disposed of at trial as was done in the very similar case of *R. v. Goguen*, Que. S.C. No. 500-01-006139-817, November 16, 1982, *per* Biron J., arising out of the same incidents; see also *R. v. Parent* (1986), 23 C.R.R. 291.

I am also in agreement with Beauregard J. that judicial abdication is not the remedy for an infringement of the *sub judice* rule. That is all the more important in a case like the present which concerns serious accusations not only against the R.C.M.P. but also against the leaders of the federal and provincial governments. It is in the public interest that such accusations be scrutinized by the judiciary. I cannot accept that the reckless remarks of politicians can thus frustrate the whole judicial process.

As to the first motion, i.e., the motion to quash the information made against the respondent, I do not think that this question should be returned to the Court of Appeal as the Crown submits. While only Beauregard J. mentioned this first motion in his reasons, the fact remains, as the notice of appeal to the Court of Appeal, as well as its judgment, indicate, that that court was seized of an appeal from a judgment of the Superior Court which had allowed both of the respondent's motions. Consequently, this Court must consider whether the Court of Appeal erred in law in refusing to allow the appeal from the decision of the judge on this motion.

For my part, I agree with one of the grounds raised by the Crown in its notice of appeal to the Court of Appeal, namely that Greenberg J. erred in law in granting a stay of proceedings under this motion, because it sought the quashing of the information, not a stay of proceedings. Even if it were necessary to hold that the judge was correct in treating the motion as if it was a request for a stay of proceedings, this would have no effect on the disposition of the matter. In fact, the only evidence submitted to us in this case to support

droit de prendre en considération; voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Il aurait donc fallu en l'espèce faire trancher cette question au procès comme on l'a fait dans le cas très semblable de *R. c. Goguen*, C.S. Qué. N° 500-01-006139-817, le 16 novembre 1982, le juge Biron, qui découle des mêmes incidents; voir aussi *R. c. Parent* (1986), 23 C.R.R. 291.

Je suis aussi d'accord avec le juge Beauregard pour dire que l'abdication judiciaire n'est pas le remède à la violation de la règle *sub judice*. Ceci est d'autant plus important dans un cas comme celui-ci où il s'agit d'accusations graves non seulement contre la G.R.C. mais aussi contre des dirigeants des gouvernements fédéral et provincial. Le public a droit à ce que ces accusations soient éclaircies par le judiciaire. Je ne peux admettre que des remarques irréfléchies d'hommes politiques puissent mettre en échec tout le processus judiciaire.

En ce qui concerne la première requête, soit la requête en cassation de l'accusation portée contre l'intimé, je ne crois pas qu'il y ait lieu, comme le prétend le ministère public, de renvoyer cette question à la Cour d'appel. Bien que seul le juge Beauregard ait fait mention de cette première requête dans ses motifs, il reste, comme l'indiquent l'avis d'appel à la Cour d'appel, ainsi que le jugement de cette cour, que celle-ci statuait en appel d'un jugement de la Cour supérieure qui avait accueilli les deux requêtes de l'intimé. En conséquence, nous devons donc examiner si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en refusant d'accueillir l'appel de la décision du juge concernant cette requête.

Pour ma part, je suis d'accord avec un des moyens soulevés par le ministère public dans son avis d'appel à la Cour d'appel, soit que le juge Greenberg a erré en droit en ordonnant la suspension des procédures, car la requête visait non pas la suspension des procédures, mais plutôt la cassation de l'acte d'accusation. Même s'il fallait juger que le juge a eu raison de traiter la requête comme s'il s'agissait d'une demande de suspension des procédures, cela ne changerait en rien à la façon d'en disposer. En effet, la seule preuve qui nous a été

this motion consists of statements of politicians who were not directly involved in the process. As Beauregard J. observes, there is nothing in the evidence to show that the Attorney General had committed an abuse of process.

For these reasons, I am of the view that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside, the order of Greenberg J. staying the proceedings in response to both motions set aside, and a new trial ordered on the information.

English version of the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting)—The Superior Court judge considered that, in view of the exceptional circumstances of the case at bar, the ends of justice would only be served by a stay of proceedings. A majority of the Court of Appeal subscribed to this view.

The Crown is not challenging the jurisdiction of the Superior Court judge to stay the proceedings but is asking this Court to consider the circumstances of the case and conclude otherwise. Where no error is apparent on the face of the record it is not desirable that this Court, while it has the jurisdiction to do so, substitute its view of the circumstances for that of the Superior Court judge, who clearly was in a better position than we, or the Court of Appeal, are to assess the significance of the statements made in the National Assembly. If we were to intervene nevertheless, I would in any case adopt the reasons of Chouinard J.A.

I would therefore dismiss this appeal.

Appeal allowed, LAMER J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Claude Provost, Montréal.

Solicitors for the respondent: Yarosky, Fish, Isaacs & Daviault, Montréal; Mongeau Mailhot Roy, Montréal.

présentée en l'espèce pour appuyer cette requête est constituée de remarques d'hommes politiques qui n'étaient pas directement impliqués dans les procédures. Comme le juge Beauregard l'indique, rien dans la preuve ne démontre que le procureur général ait commis un abus des procédures.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel, d'infirmier la décision du juge Greenberg ordonnant la suspension des procédures en ce qui a trait aux deux requêtes, et d'ordonner un nouveau procès pour disposer de l'acte d'accusation.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LAMER (dissident)—Le juge de la Cour supérieure était d'avis que, eu égard aux circonstances exceptionnelles de l'espèce, les fins de la justice ne seraient satisfaites que par un arrêt de procédures. La Cour d'appel, à la majorité, partage cet avis.

Le ministère public ne conteste pas la compétence du juge de la Cour supérieure d'arrêter les procédures. Il nous demande plutôt de considérer les circonstances de l'affaire et de conclure autrement. À moins d'erreur manifeste à la face même du dossier, il n'est pas souhaitable que cette Cour, quoiqu'elle en ait le droit, substitue son appréciation des circonstances à celle du juge de la Cour supérieure, ce dernier étant beaucoup mieux placé que nous et que la Cour d'appel d'ailleurs pour apprécier l'ampleur de l'effet préjudiciable des propos tenus à l'Assemblée nationale. Si tant est que nous devions intervenir, je souscrirais de toute façon aux motifs du juge Chouinard de la Cour d'appel.

Je serais donc d'avis de rejeter ce pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge LAMER est dissident.

Procureur de l'appelante: Claude Provost, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Yarosky, Fish, Isaacs & Daviault, Montréal; Mongeau Mailhot Roy, Montréal.

Montreal Urban Community and Robert Charbonneau *Appellants*

v.

Northern Telecom Limited *Respondent*

and

City of Lachine and Conrad Cormier *Mis en cause*

INDEXED AS: NORTHERN TELECOM LTD. v. CORMIER

File No.: 19862.

1988: February 4, 5; 1988: May 26.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Real estate assessment — Amendment of assessment roll — Mandamus — Assessment roll deposited for municipal fiscal year 1980 — Roll prepared in accordance with provisions of legislation prior to the new Act on municipal taxation — Refusal by assessor to amend assessment roll to take into account median proportion mentioned in new Act — Whether assessor refused to perform duty imposed on him by new Act — Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, S.Q. 1979, c. 72, ss. 42, 147, 264, 531.

In November 1979, the M.U.C. assessor deposited assessment rolls for 1980 for the various municipalities in his area. The roll had been prepared in accordance with the provisions of the *Real Estate Assessment Act* in effect at the time and, under s. 8, immovables were entered on the roll at their actual value. In December 1979, the *Real Estate Assessment Act* was replaced by the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation*. The new Act provided that assessment rolls already deposited for 1980 were valid (s. 530), but they had to be amended retroactive to January 1, 1980 to "take account of the provisions of [the new Act] that are applicable to it and that differ from those of the *Real Estate Assessment Act*" (s. 531). For the fiscal year 1980, respondent's immovable was valued at \$19,001,600 and the median proportion set at 79%. In respondent's submission the real estate value of the immovable would have been \$15,011,264 if the M.U.C. had made the assessment of the immovable taking into account the median proportion mentioned in

Communauté urbaine de Montréal et Robert Charbonneau *Appellants*

c.

^a **Northern Telecom Limitée** *Intimée*

et

^b **Cité de Lachine et Conrad Cormier** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: NORTHERN TELECOM LTÉE c. CORMIER

N° du greffe: 19862.

^c 1988: 4, 5 février; 1988: 26 mai.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d

Droit municipal — Évaluation foncière — Modification du rôle d'évaluation — Mandamus — Rôle d'évaluation déposé pour l'exercice financier municipal de 1980 — Rôle préparé suivant les dispositions de la législation antérieure à la nouvelle loi sur la fiscalité municipale — Refus du commissaire à l'évaluation de modifier le rôle d'évaluation pour tenir compte de la proportion médiane prévue dans la nouvelle loi — Le commissaire a-t-il refusé d'accomplir un devoir que la nouvelle loi lui impose? — Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, L.Q. 1979, chap. 72, art. 42, 147, 264, 531.

En novembre 1979, l'évaluateur de la C.U.M. a déposé les rôles d'évaluation pour l'année 1980 pour les diverses municipalités comprises dans son territoire. Le rôle a été confectionné suivant les dispositions de la *Loi sur l'évaluation foncière* en vigueur à l'époque, et conformément à l'art. 8, les immeubles ont été portés au rôle à leur valeur réelle. En décembre 1979, la *Loi sur l'évaluation foncière* a été remplacée par la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*. La nouvelle loi prévoyait que les rôles d'évaluation déjà déposés pour l'année 1980 étaient valables (art. 530) mais qu'ils devaient être modifiés, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1980, pour «tenir compte des dispositions de la [nouvelle loi] qui lui sont applicables et qui diffèrent de celles de la *Loi sur l'évaluation foncière*» (art. 531). Pour l'année financière 1980, l'immeuble de l'intimée a été évalué à 19 001 600 \$ et la proportion médiane a été établie à 79 %. Selon l'intimée, la valeur foncière de l'immeuble aurait dû être de 15 011 264 \$ si la C.U.M. avait procédé à l'évaluation

the new Act. As the M.U.C. assessor refused to amend the assessment roll, respondent, relying principally on s. 531 of the new Act, applied to the Superior Court for a writ of mandamus. The Superior Court dismissed the application but the Court of Appeal reversed the judgment. Basing itself on ss. 531, 42 and 264 of the new Act, the latter concluded that the assessor had a duty to amend the entry automatically to take the median proportion into account. This appeal is to determine whether the M.U.C. assessor failed or refused to carry out a duty imposed on him by the new Act on municipal taxation in respect of the real estate value entered on the M.U.C. assessment roll.

Held: The appeal should be allowed.

The assessor was not required, under the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation*, to take the "median proportion" into account in preparing the M.U.C. real estate assessment roll for 1980. As he did not fail or decline to carry out a duty imposed on him by the Act, respondent's motion for a writ of mandamus must be dismissed.

By its very definition, the median proportion is a proportion of the roll in its entirety and can only be determined once the roll has been prepared, using the roll itself as the basis of calculation. Section 264 of the Act, which introduces the new concept of a "median proportion", nowhere requires the assessor to take it into account in preparing the roll. On the contrary, all that section requires the assessor to do is to indicate on the roll the median proportion and the comparative factor resulting from it. Moreover, this proportion can be determined by the Minister if the assessor fails to do so. No one would argue that the Minister has the power to prepare the roll or that the effect of the "median proportion" determined by the Minister would be to alter the values entered on the roll. The median proportion is intended as a measure of the level of the roll; it is not a factor for correcting the roll. Its purpose is to be used by the taxpayer as a means of checking whether the value entered on the roll corresponds to the actual value of his immovable once the comparative factor has been applied. If it does not, the taxpayer may file a complaint with the Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec, which once the actual value of the immovable in question has been determined will have to take the median proportion into account (s. 147). That was the legislator's objective in adopting ss. 147 and 264 of the Act.

de l'immeuble en tenant compte de la proportion médiane prévue à la nouvelle loi. Devant le refus du commissaire à l'évaluation de la C.U.M. de modifier le rôle d'évaluation, l'intimée, se fondant principalement sur l'art. 531 de la nouvelle loi, s'est adressée à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref de *mandamus*. La Cour supérieure a rejeté la requête mais la Cour d'appel a infirmé le jugement. Celle-ci, s'appuyant sur les art. 531, 42 et 264 de la nouvelle loi, a conclu que le commissaire avait le devoir de modifier d'office l'inscription pour tenir compte de la proportion médiane. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'évaluateur de la C.U.M. a négligé ou refusé de remplir un devoir que la nouvelle loi sur la fiscalité municipale lui imposait en ce qui concerne la valeur foncière inscrite au rôle d'évaluation de la C.U.M.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'évaluateur n'avait pas, aux termes de la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*, à tenir compte de la «proportion médiane» dans la confection du rôle d'évaluation foncière de la C.U.M. pour l'année 1980. N'ayant ni omis ni refusé de remplir un devoir que la Loi lui imposait, la requête de l'intimée pour la délivrance d'un bref de *mandamus* doit donc être rejetée.

La proportion médiane, de par sa définition même, est celle de l'ensemble du rôle et elle ne peut être déterminée qu'une fois le rôle confectionné puisque c'est à partir des valeurs inscrites au rôle qu'elle est calculée. L'article 264 de la Loi, qui introduit le concept nouveau de «proportion médiane» ne fait aucunement mention de l'obligation de l'évaluateur d'en tenir compte dans la confection du rôle. Bien au contraire, tout ce que cet article requiert de l'évaluateur c'est qu'il indique au rôle la proportion médiane et le facteur comparatif qui en découle. De plus, cette proportion peut être établie par le ministre en cas de défaut de l'évaluateur. Personne ne pourrait prétendre que le ministre a le pouvoir de confectionner le rôle ou que la «proportion médiane» établie par le ministre aurait pour effet de modifier les valeurs inscrites au rôle. La proportion médiane se veut une mesure du niveau du rôle; elle n'est pas un facteur de correction du rôle. Elle sert d'instrument au contribuable pour lui permettre de vérifier si la valeur inscrite au rôle correspond à la valeur réelle de son immeuble une fois le facteur comparatif appliqué. Sinon, le contribuable pourra loger une plainte auprès du Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec qui, lui, après avoir établi la valeur réelle de l'immeuble en question, devra tenir compte de la proportion médiane (art. 147). C'est là le but recherché par le législateur par l'adoption des art. 147 et 264 de la Loi.

The phrase "same proportion" mentioned in s. 42 could not refer to the "median proportion" of s. 264. Section 42 provides that the "roll must indicate the value of each [immovable] on the basis of its actual value", and that the "values entered on the roll must represent, in relation to the aggregate of the [immovables] entered on the roll, the same proportion of the actual value of that aggregate". The objective of s. 42 is to allow the assessor some flexibility in preparing the roll. Using the actual value as defined by the Act as a basis, he can henceforth quite legally set the value of immovables at a certain proportion of the actual value. The second paragraph of s. 42 requires him to respect this proportion on all immovables assessed in the roll, hence the resulting fiscal equity. In adopting s. 42, the legislator sought to ensure that all taxpayers would be treated on an equal footing.

Finally, the transitional provision in s. 531 of the Act does not require the assessor to take the "median proportion" into account in preparing the roll. That section is concerned with the "median proportion" only to the extent that an assessor must indicate it in the roll with the comparative factor and forward this information to the Minister within the specified time (s. 264).

Cases Cited

Considered: *Communauté urbaine de Montréal v. Dorchester Commerce Realty Ltd.*, [1984] C.A. 426; *Gorham v. Communauté urbaine de Montréal*, J.E. 87-116.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting municipal taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 33, 42, 43-46, 55 *et seq.*, 63 *et seq.*, 124, 147, 174, 175, 263(5), 264, 496, 527, 530, 531, 550.

Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, S.Q. 1979, c. 72 [now R.S.Q., c. F-2.1], ss. 33, 42, 43-46, 55 *et seq.*, 63 *et seq.*, 124, 147, 174, 175, 263(5), 264, 496, 527, 530, 531, 550.

Act to amend certain legislation respecting municipalities, S.Q. 1980, c. 34, ss. 50, 76.

Act to amend legislative provisions concerning municipalities, S.Q. 1983, c. 57, ss. 110, 116.

Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. 25, ss. 834 *et seq.*

Minimum Requirements for the Form and Content of Various Documents Regarding Municipal Assessment and Taxation (Amendment) Regulation, (1984) 116 O.G. II. 3791.

Real Estate Assessment Act, S.Q. 1971, c. 50, s. 8 [repl. 1973, c. 31, s. 4; am. 1975, c. 68, s. 7; repl. 1979, c. 22, s. 65], 69 [am. 1973, c. 31, s. 34; repl. 1975, c. 68, s. 26].

L'expression «même proportion» dont parle l'art. 42 ne saurait référer à la «proportion médiane» de l'art. 264. L'article 42 prévoit que le «rôle indique la valeur de chaque [immeuble] sur la base de sa valeur réelle» et que les «valeurs inscrites au rôle doivent, à l'égard de l'ensemble des [immeubles] qui y sont inscrites, représenter une même proportion de la valeur réelle de cet ensemble». L'article 42 vise à permettre à l'évaluateur une certaine souplesse dans la confection du rôle. En prenant pour base la valeur réelle telle que définie à la Loi, il peut désormais fixer la valeur des immeubles à une certaine proportion de cette valeur réelle. Le deuxième alinéa de l'art. 42 l'oblige à respecter cette proportion quant à tous et chacun des immeubles inscrits au rôle, d'où l'équité fiscale qui en résulte. En adoptant l'art. 42, le législateur a voulu s'assurer que tous les contribuables soient traités sur un pied d'égalité.

Finalement, la disposition transitoire de l'art. 531 de la Loi n'oblige pas l'évaluateur à tenir compte de la «proportion médiane» dans la confection du rôle. Cet article ne vise la «proportion médiane» que dans la mesure où l'évaluateur doit l'indiquer au rôle avec le facteur comparatif et communiquer ces informations au ministre dans le délai imparti (art. 264).

e Jurisprudence

Arrêts examinés: *Communauté urbaine de Montréal c. Dorchester Commerce Realty Ltd.*, [1984] C.A. 426; *Gorham c. Communauté urbaine de Montréal*, J.E. 87-116.

f

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. 25, art. 834 *et suiv.*

Loi modifiant certaines dispositions législatives concernant les municipalités, L.Q. 1980, chap. 34, art. 50, 76.

Loi modifiant des dispositions législatives concernant les municipalités, L.Q. 1983, chap. 57, art. 110, 116.

Loi sur l'évaluation foncière, L.Q. 1971, chap. 50, art. 8 [repl. 1973, chap. 31, art. 4; mod. 1975, chap. 68, art. 7; rempl. 1979, chap. 22, art. 65], 69 [mod. 1973, chap. 31, art. 34; rempl. 1975, chap. 68, art. 26].

Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., chap. F-2.1, art. 33, 42, 43 à 46, 55 *et suiv.*, 63 *et suiv.*, 124, 147, 174, 175, 263(5), 264, 496, 527, 530, 531, 550.

Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, L.Q. 1979, chap. 72 [maintenant L.R.Q., chap. F-2.1], art. 33, 42, 43 à 46, 55 *et suiv.*, 63 *et suiv.*, 124, 147, 174, 175, 263(5), 264, 496, 527, 530, 531, 550.

Règlement modifiant le Règlement sur la forme ou le contenu minimal de divers documents relatifs à l'évaluation et à la fiscalité municipales, (1984) 116 G.O. II. 5476.

Regulation respecting rules to determine the median proportion of the actual real estate value of units of assessment that corresponds to the values entered on the real estate roll, R.R.Q. 1981, c. F-2.1, r. 11, s. 1.

Regulation respecting the form or the minimum content of various documents related to municipal assessment and taxation, (1983) 115 O.G. II. 3543.

Regulation respecting the minimal content of notices of assessment and accounts for municipal taxes, R.R.Q. 1981, c. F-2.1, r. 1.

Authors Cited

Caumartin, Claude. "Certains aspects techniques". Dans *La réforme de la fiscalité municipale*. Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1980, pp. 63 à 82.

L'Heureux, Jacques. *Droit municipal québécois*, t. II. Wilson & Lafleur/Sorej, 1984.

Lortie, Jean-Pierre. *Loi sur la fiscalité municipale, étude analytique et comparative*. Montréal: Yvon Blais Inc., 1980.

Pâquet, Jean-Marie. "Les aspects juridiques". Dans *La réforme de la fiscalité municipale*. Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1980, pp. 21 à 59.

Quebec. Government of Quebec. *Report of the Royal Commission on Taxation*. Québec: The Commission, 1965.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec, [1986] R.D.J. 147, setting aside a judgment of the Superior Court¹ denying a writ of evocation. Appeal allowed.

Gérard Beaupré, Q.C., and *Bernard Taillefert*, for the appellants.

Jean-Marie Pâquet, for the respondent.

Yvon Denault, for the mis en cause the city of Lachine.

English version of the judgment of the Court delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This case concerns the interpretation of various sections of the *Act respecting municipal taxation*, R.S.Q., c. F-2.1, enacted by the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation*,

¹ Mtl. Sup. Ct., No. 500-05-005803-810, January 18, 1983.

Règlement sur la forme ou le contenu minimal de divers documents relatifs à l'évaluation et à la fiscalité municipales, (1983) 115 G.O. II. 4301.

Règlement sur le contenu minimal de l'avis d'évaluation et des comptes de taxes municipales, R.R.Q. 1981, chap. F-2.1, r. 1.

Règlement sur les règles permettant de déterminer à quelle proportion médiane de la valeur foncière réelle des unités d'évaluation correspondent les valeurs inscrites au rôle d'évaluation foncière, R.R.Q. 1981, chap. F-2.1, r. 11, art. 1.

Doctrine citée

Caumartin, Claude. «Certains aspects techniques». Dans *La réforme de la fiscalité municipale*. Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1980, pp. 63 à 82.

L'Heureux, Jacques. *Droit municipal québécois*, t. II. Wilson & Lafleur/Sorej, 1984.

Lortie, Jean-Pierre. *Loi sur la fiscalité municipale, étude analytique et comparative*. Montréal: Yvon Blais Inc., 1980.

Pâquet, Jean-Marie. «Les aspects juridiques». Dans *La réforme de la fiscalité municipale*. Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1980, pp. 21 à 59.

Québec. Gouvernement du Québec. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*. Québec: La Commission, 1965.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.D.J. 147, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure¹, qui avait refusé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

Gérard Beaupré, c.r., et *Bernard Taillefert*, pour les appelants.

Jean-Marie Pâquet, pour l'intimé.

Yvon Denault, pour la mise en cause la cité de Lachine.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce litige met en jeu l'interprétation de divers articles de la *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., chap. F-2.1, introduite par la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*, L.Q.

¹ C.S. Mtl., n° 500-05-005803-810, le 18 janvier 1983.

S.Q. 1979, c. 72 ("the *Act*"), assented to and in force on December 21, 1979 and taking effect on January 1, 1980. This *Act* replaced the *Real Estate Assessment Act*, S.Q. 1971, c. 50, and was designed to be a major reform of the municipal taxation system.

By a mandamus directed against the then assessor of the Montreal Urban Community ("M.U.C.")—which was the mis en cause and is here the appellant—Northern Telecom Limited ("Nortel") disputed the real estate assessment of its immovable located in the city of Lachine, also mis en cause. This immovable was entered in the M.U.C. assessment roll for the city of Lachine for 1980 at a value of \$19,001,600. In Nortel's opinion, this value should have been \$15,011,264 if the M.U.C. had made the assessment in accordance with the provisions of the *Act*, and hence the application for mandamus to enjoin the M.U.C. assessor to amend the entry on the assessment roll for this property for the year 1980. The case concerns both the nature of the action brought by Nortel and the interpretation *inter alia* of the new concept of "median proportion" introduced by the *Act*.

Facts

On November 14, 1979 the M.U.C. assessor deposited the M.U.C. assessment rolls for 1980 in accordance with the *Real Estate Assessment Act* then in effect, entering the immovables at their actual value as provided in s. 8:

8. Except where otherwise provided by this act, all immoveables must be entered on the roll and be entered at their actual value

On January 7, 1980 Nortel received a provisional tax account from the city of Lachine and on September 3, 1980 a final account. The latter indicated a real estate value of \$19,001,600, a median of 79% and a comparative factor of 1.27. On March 19, 1981 Nortel sent a notice to the M.U.C. assessor requiring him to amend the assessment roll to take into account improvements of some \$61,000 made to the immovable (s. 174(7)), a notice ignored by the assessor as he was of the view that these improvements had very little

1979, chap. 72 («la *Loi*»), sanctionnée et entrée en vigueur le 21 décembre 1979 et prenant effet à partir du 1^{er} janvier 1980. Cette *Loi* remplaçait la *Loi sur l'évaluation foncière*, L.Q. 1971, chap. 50, et se voulait une réforme majeure en matière de fiscalité municipale.

Northern Telecom Limitée («Nortel») conteste, par voie de *mandamus* dirigé contre le commissaire à l'évaluation d'alors de la Communauté Urbaine de Montréal («C.U.M.») (cette dernière mise en cause et ici appelante), l'évaluation foncière de son immeuble situé dans la cité de Lachine, aussi mise en cause. Cet immeuble fut porté au rôle d'évaluation de la C.U.M. pour la cité de Lachine pour l'année 1980 à une valeur de 19 001 600 \$. Selon Nortel, cette valeur aurait dû être de 15 011 264 \$ si la C.U.M. avait procédé à l'évaluation conformément aux dispositions de la *Loi*, d'où la requête en *mandamus* pour enjoindre à l'évaluateur de la C.U.M. de modifier l'inscription au rôle d'évaluation de cet immeuble pour l'année 1980. Le litige porte tant sur la nature du recours intenté par Nortel que sur l'interprétation, entre autres, de cette notion nouvelle de «proportion médiane» introduite par la *Loi*.

Les faits

Le 14 novembre 1979, l'évaluateur de la C.U.M. dépose les rôles d'évaluation de la C.U.M. pour l'année 1980, conformément à la *Loi sur l'évaluation foncière*, alors en vigueur, en y inscrivant les immeubles à leur valeur réelle tel que le prescrivait l'art. 8:

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 7 janvier 1980, Nortel reçoit de la cité de Lachine un compte de taxes provisoire et le 3 septembre 1980, le compte définitif. Ce dernier fait mention d'une valeur foncière de 19 001 600 \$, de la médiane de 79 % et du facteur comparatif de 1.27. Le 19 mars 1981, Nortel adresse une mise en demeure au commissaire à l'évaluation de la C.U.M. l'enjoignant de modifier le rôle d'évaluation pour tenir compte d'améliorations de l'ordre de 61 000 \$ apportées à l'immeuble (art. 174(7)), mise en demeure que l'évaluateur ignore, étant

effect on the estimated value (.003%). On May 4, 1981 the motion for a writ of mandamus was served. It was authorized on June 8, 1981 in accordance with the two-stage procedure then in effect under the *Code of Civil Procedure* (arts. 834 *et seq.*), subsequently amended, and the case was heard on January 18, 1983.

Conclusion (b) of the motion for a writ of mandamus, which is relevant here, reads:

[TRANSLATION]

(b) DIRECT respondent to amend in keeping with the provisions of the Act respecting municipal taxation the value shown for applicant's immovable on the assessment roll of the mis en cause city of Lachine for its 1980 fiscal year, as roll No. 007367-00, pursuant to the provisions of ss. 531, 174(7) and 175 *et seq.* of the Act respecting municipal taxation;

Judgments

1. *Superior Court*

Upon hearing the motion on its merits, the Superior Court dismissed it essentially on the grounds that, upon analysis of the evidence, the minimal improvements made to the immovable, without obtaining a building permit, to the extent that they were improvements to the real estate, could not affect the value of the immovable and thus did not require amendments to be made to the roll. He further considered that mandamus was not the proper remedy to obtain the relief sought under ss. 531, 174 and 175 of the *Act* and that the proper forum was the "Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec" (B.R.E.F.), which is responsible for considering complaints filed under ss. 124 *et seq.* of the *Act*.

The Superior Court judge considered that Nortel [TRANSLATION] "is trying by mandamus to revive a right which has expired . . . a right of appeal which it inadvertently allowed to become prescribed", and he concluded:

[TRANSLATION] . . . the Court is of the view that the assessor exercised his discretion, took into account the provisions of the Act and made his decision not to amend the assessment because in his opinion as an assessor it did not have to be amended. The decision

d'opinion que ces améliorations avaient peu d'incidence sur la valeur estimée (.003 %). Le 4 mai 1981, la requête pour délivrance d'un bref de *mandamus* est signifiée. Elle est reçue le 8 juin 1981 suivant la procédure en deux étapes alors prévue au *Code de procédure civile* (art. 834 *et suiv.*), procédure depuis lors modifiée, et l'affaire est instruite le 18 janvier 1983.

La conclusion b), ici pertinente, de la requête pour délivrance du bref de *mandamus*, se lit:

b) ENJOINDRE à l'intimé de modifier selon les dispositions de la Loi sur la fiscalité municipale l'inscription de la valeur de l'immeuble de la requérante au rôle d'évaluation de la mise-en-cause Cité de Lachine pour son exercice financier 1980 sous le numéro de rôle 007367-00 selon les dispositions des articles 531 et 174, paragraphe 7 et 175 et suivants de la Loi sur la fiscalité municipale;

Les jugements

1. *La Cour supérieure*

Saisie du fond de la requête, la Cour supérieure l'a rejetée à l'audience essentiellement pour les motifs qu'après analyse de la preuve, les améliorations minimales faites à l'immeuble sans l'obtention d'un permis de construction, si tant qu'elles aient été des améliorations de nature immobilière, ne pouvaient affecter la valeur de l'immeuble et en conséquence ne nécessitaient pas de modifications du rôle. Par ailleurs, il a estimé que le *mandamus* n'était pas la procédure appropriée pour obtenir le redressement recherché au regard des art. 531, 174 et 175 de la *Loi* et que le forum était le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec (B.R.E.F.) chargé de l'examen des plaintes portées en vertu des art. 124 *et suiv.* de la *Loi*.

Le juge de la Cour supérieure a été d'avis que Nortel «tente de faire revivre par un *mandamus*, un droit qui est éteint [. . .] droit d'appel qu'elle a laissé, par mégarde, prescrire» et il a conclu:

. . . la Cour est d'opinion que l'évaluateur a exercé sa discrétion, a pris connaissance des dispositions de la loi et pris sa décision en ne modifiant pas l'évaluation parce que, selon son opinion à titre d'évaluateur, il n'avait pas à le faire. Décision, peut-être contestable, mais qui

may be open to challenge but any challenge to it should be made in another forum.

2. Court of Appeal

Jacques J.A., rendering the unanimous judgment of the Court of Appeal, [1986] R.D.J. 147 (Bisson, Jacques and LeBel J.J.A.), discussed the sole question which was the subject of the appeal (at p. 148):

[TRANSLATION] The value of \$19,001,600 shown on the roll represents the actual value of the immovable. The median proportion applicable for fiscal year 1980 was set at 79%. Appellant is accordingly asking that the recorded value be \$15,011,264.

Appellant submitted that the assessor had a duty to amend the record automatically to take the median proportion into account, in accordance with s. 531(1) of the Act:

531. Before 15 September 1980, a real estate assessment roll or a roll of rental values contemplated in section 530 must be amended in conformity with Chapter XV to take account of the provisions of this act that are applicable to it and that differ from those of the Real Estate Assessment Act.

(...)

(emphasis added)

The particular provision of the Act applicable to the recording of appellant's immovable, which is different from those of the earlier Act, is s. 42(2):

"The values entered on the roll must represent, in relation to the aggregate of the units of assessment entered on the roll, the same proportion of the actual value of that aggregate."

This paragraph provides for application of the median proportion, the implementation of which is explained in s. 264. This proportion is the median proportion of the actual real estate value of units of assessment (that is, a complete immovable) which corresponds to the values entered on the roll: that is, the entered value of all the immovables must represent the same proportion of their respective actual values. [Emphasis added.]

He concluded (at pp. 148-49):

[TRANSLATION] I consider that s. 531 imposed a duty on the assessor to amend the roll automatically.

Since the assessor did not do this, there was a breach which will be a basis for the extraordinary remedy specified in art. 844 of the *Code of Civil Procedure*.

The words "must be amended" used in s. 531 indicate an "absolute" obligation. This interpretation is con-

aurait dû faire l'objet d'une contestation devant un autre forum.

2. La Cour d'appel

^a Le juge Jacques, qui rend le jugement unanime de la Cour d'appel, [1986] R.D.J. 147 (les juges Bisson, Jacques et LeBel), ne discute que de la seule question qui a fait l'objet de l'appel à la p. 148:

^b La valeur de 19 001 600 \$ inscrite au rôle représente la valeur réelle de l'immeuble. Et la proportion médiane applicable pour l'exercice financier 1980 a été établie à 79 %. L'appelante demande en conséquence que la valeur inscrite soit 15 011 264 \$.

^c L'appelante soumet que le commissaire avait le devoir de modifier d'office l'inscription pour tenir compte de la proportion médiane, suivant le premier alinéa de l'article 531 de la Loi:

^d 531. Avant le 15 septembre 1980, un rôle d'évaluation foncière ou un rôle de la valeur locative visé à l'article 530 doit être modifié conformément au chapitre XV pour tenir compte des dispositions de la présente loi qui lui sont applicables et qui diffèrent de celles de la Loi sur l'évaluation foncière.

^e (...)

(soulignement ajouté)

^f La disposition particulière de la Loi applicable à l'inscription de l'immeuble de l'appelante qui est différente de celles de la loi antérieure est le deuxième alinéa de l'article 42:

«Les valeurs inscrites au rôle d'une corporation municipale doivent, dans l'ensemble, tendre à représenter une même proportion des valeurs réelles des unités d'évaluation.»

^g Cet alinéa prévoit l'application de la proportion médiane dont la mise en œuvre est prévue à l'article 264. Cette proportion est la proportion médiane de la valeur foncière réelle des unités d'évaluation (soit un immeuble complet) qui correspond aux valeurs inscrites au rôle, c'est-à-dire que la valeur inscrite de tous les immeubles doit représenter une même proportion de leur valeur réelle respective. [Je souligne.]

Pour conclure aux pp. 148 et 149:

ⁱ Je suis d'avis que l'article 531 imposait au commissaire le devoir de modifier le rôle d'office.

À défaut par le commissaire de s'y conformer, il y a illégalité qui donne ouverture au recours extraordinaire prévu à l'article 844 du *Code de procédure civile*.

^j Les mots «doit être modifiée» utilisés à l'article 531 indiquent une obligation «absolue». Cette interprétation

sistent with s. 51 of the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, which states that "Whenever it is provided that a thing ... 'must' be done, the obligation is imperative ...".

The context of the Act also supports this interpretation. As section 496 states that the Act takes effect beginning with the 1980 fiscal period, there had to be a transitional provision ensuring that rolls deposited under the earlier legislation would be made consistent with new provisions. Section 531 allows up to September 15, 1980 to do this, and the Act puts back budget deadlines by three months accordingly (s. 534), provides for the sending of provisional accounts (s. 537), and finally, prohibits actions to quash or annul a roll made and deposited under the earlier legislation on the ground that it does not conform to a provision of the new Act (s. 530).

Points at Issue

In this Court appellant (the M.U.C. and its assessor) stated the issues as follows:

[TRANSLATION]

(1) The Court of Appeal erred in law by interpreting s. 531 of the Act as requiring the Montreal Urban Community assessor to reduce the assessment of respondent's immovable to the median proportion on the real estate assessment roll for the fiscal year 1980;

(2) The Court of Appeal erred in law by intervening in the exercise of the Superior Court's discretion;

(3) The Court of Appeal erred in law by deciding that a mandamus should issue once a breach had been committed, thereby misunderstanding the discretionary nature of the mandamus remedy;

Before getting to the heart of the matter, it may be useful to recall the context in which this new legislation was elaborated and in so doing clarify its purpose and facilitate its interpretation.

Legislative Background

The adoption of Bill 57 on municipal taxation on December 21, 1979 was the culmination of a more general reform of the Quebec tax system announced some decades earlier, which gave rise among other things to the Royal Commission on Taxation. The Bélanger Report, in its Chairman's name, published in 1965, proposed a sweeping

est conforme à l'article 51 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., chap. I-16, qui édicte que «chaque fois qu'il est prescrit qu'une chose [...] doit être faite, l'obligation de l'accomplir est absolue».

a De plus, le contexte de la Loi supporte cette interprétation. L'article 496 édictant que la Loi a effet à compter de l'exercice financier de 1980, il était nécessaire qu'une disposition transitoire prévoit que les rôles déposés en vertu de la législation antérieure soient rendus conformes aux nouvelles dispositions. L'article 531 accorde jusqu'au 15 septembre 1980 pour ce faire et la Loi retarde en conséquence de trois mois les délais relatifs au budget (article 534), prévoit l'envoi de comptes provisoires (article 537) et enfin, interdit le recours en cassation ou en nullité du rôle fait et déposé conformément à la législation antérieure pour le motif qu'il n'est pas conforme à la nouvelle Loi (article 530).

Questions en litige

d Devant notre Cour, l'appelante (la C.U.M. et son commissaire à l'évaluation) formule ainsi les points d'appel:

e 1) La Cour d'appel a erré en droit en interprétant l'article 531 de la Loi comme obligeant l'évaluateur de la Communauté urbaine de Montréal à réduire, au rôle d'évaluation foncière pour l'exercice (*sic*) 1980, l'évaluation de l'immeuble de l'intimée à la proportion médiane;

f 2) La Cour d'appel a erré en droit en intervenant dans l'exercice (*sic*) de la discrétion de la Cour supérieure;

g 3) La Cour d'appel a erré en droit en décidant qu'il y a ouverture au «mandamus» dès qu'une illégalité a été commise, méconnaissant ainsi le caractère discrétionnaire du recours en mandamus;

Avant d'aborder le vif du sujet, il me paraît nécessaire de rappeler le contexte dans lequel s'inscrit cette nouvelle législation sur la fiscalité municipale, ce qui aura l'avantage d'en mieux faire saisir l'objet et d'en faciliter d'autant l'interprétation.

Contexte législatif

i L'adoption, le 21 décembre 1979, du projet de loi 57 sur la fiscalité municipale constituait l'aboutissement d'une réforme plus globale de la fiscalité au Québec, annoncée quelque dizaines d'années auparavant, et qui avait donné lieu, entre autres, à la Commission royale d'enquête sur la fiscalité. Le rapport Bélanger, du nom de son président, livré

reform designed to ensure fiscal equity in all areas of taxation, including municipal taxation (*Report of the Royal Commission on Taxation* (1965)). In 1971 the *Real Estate Assessment Act* was adopted and was amended several times before the adoption some eight years later of the *Act*. This statute was a complete revision of the former legislation as part of the reform of municipal taxation.

There is no need to discuss certain aspects of this reform, such as the integrity and expansion of the tax base, a survey of the changes affecting real estate assessment will be sufficient.

A tax on real estate has existed in Quebec for nearly two centuries and its cornerstone is the actual value of immovables. The assessment roll has a critical part to play, as is explained by Claude Caumartin, "Certains aspects techniques", in *La réforme de la fiscalité municipale*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1979-80, p. 63, at p. 66:

[TRANSLATION] The valuation roll does not impose a tax. It is a means of distributing the financial burdens resulting from municipal budgets. If the roll is equitable, each taxpayer will bear his fair share of the financial responsibility. This is where the drama of municipal taxation lies.

For many years a number of factors contributed to create an imbalance in municipal taxation: a steadily increasing demand for municipal services leading to a significant increase in government grants at the expense of municipal autonomy, the vagaries of the real estate market, unprecedented inflation and an unequal increase in value of one class of immovables compared with another. Further, assessment rolls were not redone regularly but for the most part simply updated using correction indexes and not reflecting the growth rates in various classes of immovables. When new rolls were prepared, it was to be feared that a massive transfer of fiscal burdens to certain classes of immovables would occur in favour of other classes

en 1965, proposait une réforme en profondeur axée sur l'équité fiscale dans tous les domaines de la fiscalité, dont la fiscalité municipale (*Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité* (1965)). En 1971 était adoptée la *Loi sur l'évaluation foncière*, modifiée à plusieurs reprises avant l'adoption, quelque huit ans plus tard, de la *Loi*. Cette dernière effectuait une refonte complète de la loi précédente dans le cadre de la réforme sur la fiscalité municipale.

Je passerai sous silence certains aspects de cette réforme, notamment l'intégrité et l'élargissement de l'assiette fiscale, pour ne m'attarder qu'aux modifications relatives à l'évaluation foncière, ici au cœur du débat.

L'impôt foncier existe au Québec depuis près de deux siècles et sa pierre angulaire est la valeur réelle des immeubles. Le rôle d'évaluation y joue également un rôle primordial tel que l'explique Claude Caumartin, «Certains aspects techniques» dans *La réforme de la fiscalité municipale*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1979-80, p. 63, à la p. 66:

Le rôle d'évaluation ne fait pas la taxe. C'est un instrument de partage des charges financières qui découlent des budgets municipaux. Dans la mesure où le rôle est équitable, chaque contribuable assume sa juste part de responsabilité financière. C'est là en fait où se trouve le drame de la fiscalité municipale.

Depuis nombre d'années, de multiples facteurs avaient contribué à débalancer la fiscalité municipale: une demande toujours croissante de services municipaux entraînant une augmentation considérable des subventions gouvernementales au détriment de l'autonomie des municipalités, les aléas du marché de l'immobilier, l'inflation sans précédent et l'augmentation inégale de valeur d'une catégorie d'immeubles par rapport à une autre. D'autre part, les rôles d'évaluation n'avaient pas été refaits sur une base régulière mais, la plupart du temps, simplement tenus à jour à l'aide d'indices de redressement sans que les taux de croissance des diverses catégories d'immeubles n'y soient reflétés. Lors de la confection de nouveaux rôles, il était à craindre qu'un transfert massif des charges fiscales sur certaines catégories d'immeubles ne s'opère au profit d'autres catégories (Caumartin, *loc. cit.*, à la

(Caumartin, loc. cit., at p. 65). The same writer comments on another aspect of the reform at p. 66:

[TRANSLATION] Where taxpayers are concerned, the present rules on real estate taxation require that the burden resulting from the budget be divided in proportion to real estate values. The value of real estate does not necessarily depend on the will of a single owner, but on all the economic activity taking place in a given area.

Moreover, under s. 69 of the *Real Estate Assessment Act*, the B.R.E.F. had to take into account s. 8 of that Act which provided that all immovables had to be entered at their "actual value". An imbalance in the division of the tax burden resulted from the fact that certain comparable immovables were entered on the roll at a lower value, and the B.R.E.F. was powerless to correct this imbalance. The only available remedy was a motion to quash or an action to annul an assessment roll. The purpose of the *Act* was to correct these various anomalies.

The Act

The assessment of real estate is the basis of an equitable distribution of all municipal tax burdens. The *Act* introduced the principle of equity between various real estate assessments on the one hand, by adopting a more realistic approach to the value of immovables entered on the assessment roll, and on the other, by providing that all immovables be assessed at the same level in terms of their actual value (Jean-Marie Pâquet, "Les aspects juridiques", in *La réforme de la fiscalité municipale*, op. cit., p. 21, at p. 33). These principles were stated in s. 42 of the *Act*, as it read at the time of the case at bar:

42. The roll must indicate the value of each unit of assessment, on the basis of its actual value.

The values entered on the roll must represent, in relation to the aggregate of the units of assessment entered on the roll, the same proportion of the actual value of that aggregate.

This section was amended in 1983 (the *Act to amend legislative provisions concerning municipalities*, S.Q. 1983, c. 57, s. 110):

42. The roll must indicate the value of each unit of assessment, on the basis of its actual value.

p. 65). Ce même auteur commente un autre aspect de la réforme à la p. 66:

Du côté des contribuables, les règles actuelles de la fiscalité foncière veulent que la charge qui découle du budget soit répartie au prorata des valeurs foncières. Or la valeur foncière ne découle pas nécessairement de la volonté d'un seul propriétaire mais bien plutôt de l'ensemble des activités économiques survenues dans un territoire donné.

Par ailleurs, en vertu de l'art. 69 de la *Loi sur l'évaluation foncière*, le B.R.E.F. devait tenir compte de l'art. 8 de cette loi qui prescrivait que tous les immeubles devaient être inscrits à «leur valeur réelle». Par suite du fait que certains immeubles comparables étaient inscrits au rôle à une valeur inférieure, il en résultait un déséquilibre dans la répartition du fardeau fiscal, déséquilibre que le B.R.E.F. était impuissant à corriger. Le seul remède consistait en une requête en cassation ou une action en nullité du rôle d'évaluation. La *Loi* a voulu corriger ces diverses anomalies.

La Loi

L'évaluation foncière est à la base d'une répartition équitable de toutes les charges fiscales municipales. La *Loi* introduit le principe de l'équité entre les diverses évaluations foncières en adoptant une attitude plus réaliste quant à la valeur des immeubles inscrits au rôle d'évaluation, d'une part, et d'autre part, en prescrivant que tous les immeubles doivent être évalués au même niveau par rapport à leur valeur réelle (Jean-Marie Pâquet, «Les aspects juridiques», dans *La réforme de la fiscalité municipale*, op. cit., p. 21, à la p. 33). Ces principes sont formulés à l'art. 42 de la *Loi* tel qu'il se lisait à l'époque du présent litige:

42. Le rôle indique la valeur de chaque unité d'évaluation, sur la base de sa valeur réelle.

Les valeurs inscrites au rôle doivent, à l'égard de l'ensemble des unités d'évaluation qui y sont inscrites, représenter une même proportion de la valeur réelle de cet ensemble.

Cet article fut modifié en 1983 (*Loi modifiant des dispositions législatives concernant les municipalités*, L.Q. 1983, chap. 57, art. 110):

42. Le rôle indique la valeur de chaque unité d'évaluation, sur la base de sa valeur réelle.

The values entered on the roll of a municipal corporation must, on the whole, tend to represent the same proportion of the actual value of the units of assessment.

No motion or action to quash or set aside the roll or any entries on the roll may be brought on the ground of a contravention of the second paragraph.

This amendment, which was not in effect when the proceedings at bar were brought, has no incidence on the outcome of this case. If I occasionally refer to it, it is only for the purpose of clarification and out of a concern for accuracy.

As I mentioned earlier, under s. 8 of the *Real Estate Assessment Act*, immovables had to be entered on the roll at their actual value (the concept of actual value, now defined in ss. 43 to 46 of the *Act*, is not the subject of this discussion). As we know, in practice, that was not the case. Real estate assessment rolls rarely represented the actual value of the immovables therein inscribed, especially in the subsequent years as the same roll, corrected and amended in accordance with the *Act* but not entirely redone, was used. The legislator undoubtedly intended to adjust the *Act* to reality since this is no longer the case. Under section 42(1) of the *Act*, the value of immovables is entered on the roll on "the basis of its actual value". It will be sufficient if the value, as defined in ss. 43 *et seq.* of the *Act*, entered on the roll represents or, since the 1983 amendments, tends to represent, a proportion of the actual value, a proportion which may be either less or more than the actual value but which must be uniform for all immovables entered on the roll (Jacques L'Heureux, *Droit municipal québécois* (1984), tome II, at p. 388).

By section 42(2) of the *Act* the legislator sought to ensure that all taxpayers would be treated on an equal footing. The value entered on the roll for each immovable (unit of assessment) must represent the "same proportion of the actual value" in relation to units of assessment entered on the roll as a whole. It is the phrase "same proportion of the

Les valeurs inscrites au rôle d'une corporation municipale doivent, dans l'ensemble, tendre à représenter une même proportion des valeurs réelles des unités d'évaluation.

^a Aucune requête ou action en cassation ou en nullité ne peut être intentée à l'égard du rôle ou de l'une de ses inscriptions pour le motif d'une contravention au deuxième alinéa.

^b Cette modification, qui n'était pas en vigueur lors de l'institution des procédures en l'espèce, n'a toutefois pas d'incidence sur le présent litige. Si j'y réfère à l'occasion c'est uniquement pour fins de clarification et souci de précision.

^c Comme je l'ai déjà mentionné, antérieurement, en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur l'évaluation foncière*, les immeubles devaient être portés au rôle à leur valeur réelle (la notion de valeur réelle, maintenant définie aux art. 43 à 46 de la *Loi*, ne fait pas l'objet du présent débat). On sait qu'en pratique tel n'était pas le cas. Les rôles d'évaluations foncières représentaient rarement la valeur réelle des immeubles y inscrits, particulièrement dans les années subséquentes à la confection du rôle alors que le même rôle, corrigé et amendé conformément à la *Loi* mais non refait en entier, servait pour les années subséquentes. Le législateur a sans doute voulu s'ajuster à la réalité puisqu'il n'en est plus ainsi maintenant. Conformément au premier alinéa de l'art. 42 de la *Loi*, c'est sur «la base de sa valeur réelle», valeur réelle telle que définie aux art. 43 et suiv. de la *Loi*, que la valeur des immeubles est portée au rôle. Il suffit que la valeur inscrite au rôle représente ou, depuis la modification de 1983, tende à représenter, une proportion de la valeur réelle, proportion qui peut être soit inférieure, soit même supérieure à la valeur réelle mais qui doit être uniforme pour tous les immeubles portés au rôle (Jacques L'Heureux, *Droit municipal québécois* (1984), t. II, à la p. 388).

ⁱ En vertu du deuxième alinéa de l'art. 42 de la *Loi*, en effet, le législateur a voulu s'assurer que tous les contribuables soient traités sur un pied d'égalité. La valeur inscrite au rôle de chaque immeuble (unité d'évaluation) doit représenter une «même proportion de la valeur réelle» par rapport à l'ensemble des unités d'évaluation portées au rôle.

actual value" which is at the heart of this case, and I will return to this. For the moment, it is appropriate to refer to the machinery provided in the *Act* for this purpose:

264. The assessor, at the same time as he deposits the real estate assessment roll or the roll of the rental values of a municipal corporation, shall indicate the median proportion of the actual real estate value of the units of assessment, or of the actual rental value of the places of business or premises, to which the entered values correspond. He shall also indicate the comparative factor of the roll, which is the inverse of the median proportion calculated in accordance with this paragraph.

The assessor shall, in writing, communicate to the Minister the median proportion and the factor he has established.

The municipal corporation may request the Minister to establish the median proportion and the factor for its roll, in the place of the assessor.

The Minister, on receiving the median proportion and the factor calculated by the assessor, shall approve them, subject to the fifth paragraph; they are thenceforth deemed established by the Minister.

If the median proportion calculated by the assessor varies by over 2.5% from that calculated by the Minister for the same roll, that calculated by the Minister, and the corresponding comparative factor, prevail.

The regulation made under paragraph 5 of section 263 applies when the assessor or the Minister establishes the median proportion contemplated in the first paragraph.

The Minister shall, in writing, communicate the proportion and the factor established under this section to the municipal corporation or municipality concerned.

The proportion and the factor must appear on the municipal or school real estate tax account or on the business tax account, as the case may be. [Emphasis added.]

This section has been amended several times, but for the purpose of this discussion it will suffice to reproduce the amendments introduced in 1980, retroactive to January 1, 1980 (*An Act to amend certain legislation respecting municipalities*, S.Q. 1980, c. 34, ss. 50 and 76):

50. Section 264 of the said act, amended by section 133 of chapter 11 of the statutes of 1980, is again amended by inserting, after the fifth paragraph, the following paragraph:

C'est l'expression «même proportion de la valeur réelle» qui est au cœur du présent litige et j'y reviendrai. Pour le moment, il suffit de référer au mécanisme prévu à la *Loi* à cette fin:

264. En même temps qu'il dépose le rôle d'évaluation foncière ou le rôle de la valeur locative d'une corporation municipale, l'évaluateur indique à quelle proportion médiane de la valeur foncière réelle des unités d'évaluation, ou de la valeur locative réelle des places d'affaires ou des locaux, correspondent les valeurs inscrites. L'évaluateur indique également le facteur comparatif du rôle qui est l'inverse de la proportion médiane mesurée conformément au présent alinéa.

L'évaluateur communique par écrit au ministre la proportion médiane et le facteur qu'il a établis.

La corporation municipale peut demander au ministre d'établir la proportion médiane et le facteur de son rôle, à la place de l'évaluateur.

Sur réception de la proportion médiane et du facteur mesurés par l'évaluateur, le ministre les approuve, sous réserve du cinquième alinéa; ils sont alors censés avoir été établis par lui.

Si la proportion médiane mesurée par l'évaluateur diffère de plus de 2,5 % de celle mesurée par le ministre à l'égard du même rôle, cette dernière, ainsi que le facteur comparatif correspondant, prévalent.

Le règlement adopté en vertu du paragraphe 5° de l'article 263 s'applique lorsque l'évaluateur ou le ministre établit la proportion médiane visée au premier alinéa.

Le ministre communique par écrit la proportion et le facteur établis en vertu du présent article à la corporation municipale et à la municipalité intéressée.

La proportion et le facteur figurent sur le compte de taxes foncières municipales ou scolaires ou sur le compte de taxes d'affaires, selon le cas. [Je souligne.]

Cet article a été modifié à plusieurs reprises mais, pour les fins du présent débat, il suffit de reproduire les modifications introduites en 1980, rétroagissant au 1^{er} janvier 1980 (*Loi modifiant certaines dispositions législatives concernant les municipalités*, L.Q. 1980, chap. 34, art. 50 et 76):

50. L'article 264 de cette loi, modifié par l'article 133 du chapitre 11 des lois de 1980, est de nouveau modifié par l'insertion, après le cinquième alinéa, du suivant:

“If, by 1 November, the assessor has not communicated in writing to the Minister the median proportion and the factor of the roll, the Minister may establish the median proportion and the factor in his stead. However, the assessor may remedy his failure to act as long as the Minister has not complied with the eighth paragraph.”

76. Sections 12, 13, 19, 20, 25, 27 to 30, 33 to 51, 54, 55, 57, 58 and 60 to 68, and section 579.1 of the Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation enacted by section 59, have effect from 1 January 1980.

The first paragraph does not affect a decision or a judgment rendered or a case pending on 27 November 1980.

Section 147, which at the time referred to s. 42, read as follows:

147. The board, when deciding a complaint regarding the value entered on the roll of a unit of assessment, shall establish the value to be entered by determining the actual value of the unit of assessment, within the meaning of sections 43 to 46, and by the application of the rule provided in the second paragraph of section 42, subject to sections 47 to 54.

For the purposes of this section, the board may fix a lower or higher value than those proposed by the parties. [Emphasis added.]

It has since been amended, *inter alia* in 1983 by s. 116 of the *Act to amend legislative provisions concerning municipalities* to read:

147. Where the board, on deciding a complaint regarding the value entered on the roll of a unit of assessment, considers that the value must be changed to prevent actual prejudice, it shall fix the value to be entered by dividing the actual value of the unit of assessment that it has established in accordance with sections 43 to 46 by the factor of the roll determined under section 264, subject to sections 47 to 54.

For the purposes of this section, the board may fix a lower or higher value than those proposed by the parties. [Emphasis added.]

The definition of “median proportion” referred to in s. 264 of the *Act* is to be found in the *Regulation respecting rules to determine the median proportion of the actual real estate value of units of assessment that corresponds to the values entered on the real estate roll*, R.R.Q. 1981, c. F-2.1, r. 11, in effect on March 11, 1980

«Si le 1^{er} novembre l'évaluateur n'a pas communiqué par écrit au ministre la proportion médiane et le facteur du rôle, le ministre peut établir cette proportion médiane et ce facteur à sa place. Toutefois, l'évaluateur peut remédier à son défaut tant que le ministre ne s'est pas conformé au huitième alinéa.»

76. Les articles 12, 13, 19, 20, 25, 27 à 30, 33 à 51, 54, 55, 57, 58 et 60 à 68, ainsi que l'article 579.1 de la Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives édicté par l'article 59, ont effet depuis le 1^{er} janvier 1980.

Le premier alinéa n'affecte pas une décision ou un jugement rendu ou une cause pendante au 27 novembre 1980.

L'article 147, qui référait à l'époque à l'art. 42, se lisait comme suit:

147. Lorsqu'il décide d'une plainte relative à la valeur inscrite au rôle d'une unité d'évaluation, le Bureau fixe la valeur à inscrire en déterminant la valeur réelle de l'unité d'évaluation conformément aux articles 43 à 46 et en appliquant la règle prévue par le deuxième alinéa de l'article 42, sous réserve des articles 47 à 54.

À cette fin, le Bureau peut fixer une valeur inférieure ou supérieure à celles proposées par les parties. [Je souligne.]

Il a été modifié depuis, notamment en 1983 par l'art. 116 de la *Loi modifiant des dispositions législatives concernant les municipalités* pour se lire:

147. Lorsqu'il décide d'une plainte relative à la valeur inscrite au rôle d'une unité d'évaluation et qu'il juge que cette valeur doit être modifiée pour éviter un préjudice réel, le Bureau fixe la valeur à inscrire en divisant la valeur réelle de l'unité d'évaluation qu'il a établie conformément aux articles 43 à 46 par le facteur du rôle déterminé en vertu de l'article 264, sous réserve des articles 47 à 54.

À cette fin, le Bureau peut fixer une valeur inférieure ou supérieure à celles proposées par les parties. [Je souligne.]

La définition de «proportion médiane» à laquelle réfère l'art. 264 de la *Loi*, se retrouve au *Règlement sur les règles permettant de déterminer à quelle proportion médiane de la valeur foncière réelle des unités d'évaluation correspondent les valeurs inscrites au rôle d'évaluation foncière*, R.R.Q. 1981, chap. F-2.1, r. 11, en vigueur le 11

and replaced on August 31, 1983. Section 1 of this Regulation, adopted pursuant to s. 263(5) of the *Act*, reads as follows:

1. The median value of the assessments entered on the real estate roll proportional to the actual real estate values of the units of assessment of a municipal corporation is the median of the quotients obtained by dividing the value entered on the real estate roll of each unit that was sold within the meaning of section 3 or 4 by the sale price. This median is expressed as a percentage. [Emphasis added.]

The method of calculation set out in other sections of the Regulation is better explained and illustrated in this comment by Jean-Pierre Lortie, *Loi sur la fiscalité municipale, étude analytique et comparative* (1980), at pp. 16-17:

[TRANSLATION] The median proportion of the actual real estate value of units of assessment to which the values entered on the real estate assessment roll of a municipal corporation correspond is the median of the quotients obtained by dividing by their sale price the value entered on the real estate assessment roll for each unit which was the subject of a sale made in accordance with certain criteria. The comparative factor of the roll is the inverse of the median proportion.

This may be illustrated by an example: the following is the assessment/sale relationship of five units of assessment and the ratio in percentages.

(1) 30,000/50,000	60%
(2) 35,000/40,000	90%
(3) 40,000/90,000	40%
(4) 300,000/700,000	40%
(5) 60,000/72,000	80%

The median proportion would be 60%. The factor is established as follows:

$$\frac{100}{\text{median proportion}} \text{ i.e. } \frac{100\%}{60\%} = 1.66$$

The standardized value is thus the value entered on the roll multiplied by the said factor.

It is the function of the assessor to indicate the median proportion and the comparative factor of the roll. However, the municipal corporation may ask the Minister to calculate the median proportion and the factor of its roll, in place of the assessor (s. 264 M.T.A.). [Emphasis added.]

Under the *Act*, and this is new, three essential particulars must be shown on the notice of assessment or the tax account in lieu thereof: the value

mars 1980 et remplacé le 31 août 1983. L'article 1 de ce Règlement, adopté sous l'autorité du par. 5 de l'art. 263 de la *Loi*, se lit comme suit:

1. La proportion médiane de la valeur foncière réelle des unités d'évaluation à laquelle correspondent les valeurs inscrites au rôle d'évaluation foncière d'une corporation municipale est la médiane des quotients obtenus en divisant, par le prix de vente, la valeur inscrite au rôle d'évaluation foncière de chaque unité ayant fait l'objet d'une vente retenue au sens de l'article 3 ou 4. Cette médiane est exprimée en pourcentage. [Je souligne.]

La méthode de calcul détaillée aux autres articles du Règlement est mieux expliquée et illustrée dans ce commentaire de Jean-Pierre Lortie, *Loi sur la fiscalité municipale, étude analytique et comparative* (1980), aux pp. 16 et 17:

La proportion médiane de la valeur foncière réelle des unités d'évaluation à laquelle correspondent les valeurs inscrites au rôle d'évaluation foncière d'une corporation municipale est la médiane des quotients obtenus en divisant, par leur prix de vente, la valeur inscrite au rôle d'évaluation foncière de chaque unité ayant fait l'objet d'une vente retenue conformément à certains critères. Le facteur comparatif du rôle quant à lui est l'inverse de la proportion médiane.

Illustrons à l'aide d'un exemple: voici le rapport évaluation/vente de cinq unités d'évaluation et le ratio en pourcentage.

1) 30,000/50,000	60%
2) 35,000/40,000	90%
3) 40,000/90,000	40%
4) 300,000/700,000	40%
5) 60,000/72,000	80%

La proportion médiane serait de 60%. Le facteur est établi de la façon suivante:

$$\frac{100}{\text{proportion médiane}} \text{ c.a.d. } \frac{100\%}{60\%} = 1.66$$

La valeur uniformisée est donc la valeur inscrite au rôle, multipliée par ledit facteur.

C'est à l'évaluateur qu'incombe d'indiquer la proportion médiane ainsi que le facteur comparatif du rôle. Cependant, la corporation municipale peut demander au ministre de calculer la proportion médiane et le facteur de son rôle, à la place de l'évaluateur (art. 264 L.F.M.). [Je souligne.]

Selon la *Loi*, et ceci est nouveau, trois données essentielles devaient apparaître à l'avis d'évaluation ou au compte de taxe qui en tient lieu: la

entered on the roll, the median proportion and the comparative factor. For 1980 this resulted from s. 527 of the *Act*, "Until the regulation contemplated in subparagraphs *a* and *b* of paragraph 2 of section 263 comes into force . . ." On December 9, 1980 the *Regulation respecting the minimal content of notices of assessment and accounts for municipal taxes*, R.R.Q. 1981, c. F-2.1, r. 1, came into effect, containing the same requirement as s. 527 as to the particulars mentioned above. (This Regulation has since been replaced by the *Regulation respecting the form or the minimum content of various documents related to municipal assessment and taxation*, M.O., October 26, 1983, (1983) 115 O.G. II 3543).

The value entered on the roll corresponds to a certain percentage of the actual value. This percentage is reflected in the median proportion. These particulars allow a taxpayer to determine the accuracy of the assessment of his unit of assessment. To do this the taxpayer multiplies the value entered on the roll by the inverse of the median proportion, the comparative factor. He thus obtains the total standardized value which is meant to represent the actual value of his unit of assessment. This value allows him to determine whether or not he has been assessed at the same level as other taxpayers in his municipality and to decide whether or not to challenge the assessment. Since 1985, a taxpayer no longer has to make the calculation since in addition to the three particulars mentioned above, the total standardized value must be shown on the notice of assessment or on the tax account in lieu thereof (*Minimum Requirements for the Form and Content of Various Documents Regarding Municipal Assessment and Taxation (Amendment) Regulation*, M.O., November 14, 1984, (1984) 116 O.G. II 3791). Accordingly, if the total standardized value is greater than what the taxpayer considers to be the actual value of his immovable, he can file a complaint with the B.R.E.F.

While section 42 of the *Act* sets out the principles that must be used as guidelines in preparing real estate assessment rolls, s. 264 sets out the method of implementation. According to that section, it is the assessor's function to indicate the

valeur inscrite au rôle, la proportion médiane et le facteur comparatif. Ceci découlait, pour l'année 1980, de l'art. 527 de la *Loi*, «Jusqu'à ce que le règlement visé aux sous-paragraphes *a* et *b* du paragraphe 2° de l'article 263 entre en vigueur . . .» Le 9 décembre 1980 est entré en vigueur le *Règlement sur le contenu minimal de l'avis d'évaluation et des comptes de taxes municipales*, R.R.Q. 1981, chap. F-2.1, r. 1, qui comportait la même exigence que l'art. 527 quant aux données énumérées plus haut. (Ce règlement fut remplacé depuis par le *Règlement sur la forme ou le contenu minimal de divers documents relatifs à l'évaluation et à la fiscalité municipales*, A.M., 26 octobre 1983, (1983) 115 G.O. II 4301).

La valeur inscrite au rôle correspond à un certain pourcentage de la valeur réelle. Ce pourcentage est reflété par la proportion médiane. Ces données permettent au contribuable d'être en mesure de déterminer la justesse de l'évaluation de son unité d'évaluation. À cette fin, le contribuable multiplie la valeur inscrite au rôle par l'inverse de la proportion médiane, le facteur comparatif. Il obtient ainsi la valeur totale uniformisée qui est censée représenter la valeur réelle de son unité d'évaluation. Cette valeur lui permet de déterminer s'il est évalué au même niveau que les autres contribuables de sa municipalité et de décider s'il doit ou non contester l'évaluation. Depuis 1985, le contribuable n'a plus à effectuer ce calcul puisqu'en plus des trois données énumérées ci-dessus, la valeur totale uniformisée doit aussi être inscrite sur l'avis d'évaluation ou sur le compte de taxes en tenant lieu (*Règlement modifiant le Règlement sur la forme ou le contenu minimal de divers documents relatifs à l'évaluation et à la fiscalité municipales*, A.M., 14 novembre 1984, (1984) 116 G.O. II 5476). Donc, si la valeur totale uniformisée est supérieure à ce que le contribuable considère être la valeur réelle de son immeuble, il peut loger une plainte au B.R.E.F.

Si l'article 42 de la *Loi* énonce les principes qui doivent servir de guides dans la confection des rôles d'évaluations foncières, l'art. 264 en précise le mécanisme d'application. Selon ce dernier article, il appartient à l'évaluateur d'indiquer la pro-

median proportion and the comparative factor of the roll when deposited. The question here is whether in the preparation of the roll the assessor must take this median proportion into account, or, in other words, prepare his roll on the basis of the median proportion. It can easily be seen that the word "proportion" in ss. 42 and 264 of the *Act* is at the source of the confusion. However, before dealing with this it will be necessary to examine the transitional provisions contained in the *Act*, provisions which have some bearing on the case at bar as it arose during this transition period.

Transitional Provisions

The *Act*, assented to in 1979, took effect from January 1, 1980 in accordance with s. 496. Since on that date the assessment rolls for 1980 had generally been deposited, as was the case with the M.U.C. for the city of Lachine, the *Act* provided that these rolls were valid (s. 530), but that, before September 15, 1980, they had to be amended retroactive to January 1, 1980 to take into account the provisions of the *Act* that differed from those of the *Real Estate Assessment Act* (s. 531), and for this purpose challenges to the roll were suspended for a certain period of time (s. 550):

496. Unless otherwise provided, this act has effect for the purposes of all municipal fiscal periods, beginning with the fiscal period 1980.

530. A real estate assessment roll or a roll of rental values made and deposited for the municipal fiscal period 1980, in conformity with the *Real Estate Assessment Act*, is valid and no action to quash it or to annul it may be introduced on the ground that it does not conform to a provision of this act that differs from a provision of the *Real Estate Assessment Act*.

For the purposes of this section, the roll of rental values of the City of Montreal in force on 21 December 1979 is deemed to have been made and deposited on 15 November 1979 in conformity with the *Real Estate Assessment Act*, for its fiscal period 1980.

531. Before 15 September 1980, a real estate assessment roll or a roll of rental values contemplated in section 530 must be amended in conformity with Chapter XV to take account of the provisions of this act that are applicable to it and that differ from those of the *Real Estate Assessment Act*.

portion médiane et le facteur comparatif du rôle lorsqu'il dépose le rôle. La question ici est de déterminer si, dans la confection du rôle, l'évaluateur doit tenir compte de cette proportion médiane ou, autrement dit, confectionner son rôle sur la base de la proportion médiane. On voit tout de suite que le terme «proportion» aux art. 42 et 264 de la *Loi* est à l'origine de la confusion. Avant d'en traiter, cependant, il y a lieu d'examiner les dispositions transitoires qui se retrouvent à la *Loi*, dispositions qui ont une certaine incidence sur le présent litige qui est survenu pendant cette période de transition.

c Les dispositions transitoires

La *Loi*, sanctionnée en 1979, s'appliquait en vertu de l'art. 496 à partir du 1^{er} janvier 1980. Comme, à cette date, les rôles d'évaluation pour l'année 1980 étaient généralement déposés, ce qui était le cas pour la C.U.M. à l'égard de la cité de Lachine, la *Loi* prévoyait que ces rôles étaient valables (art. 530) mais qu'ils devaient, avant le 15 septembre 1980, être modifiés, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1980, pour tenir compte des dispositions de la *Loi* différentes de celles de la *Loi sur l'évaluation foncière* (art. 531) et elle suspendait toute contestation de ce rôle pendant une certaine période à cette fin (art. 550):

496. Sauf s'il y est autrement prévu, la présente loi a effet aux fins de tout exercice financier municipal à compter de celui de 1980.

530. Un rôle d'évaluation foncière ou un rôle de la valeur locative fait et déposé pour l'exercice financier municipal de 1980, conformément à la *Loi sur l'évaluation foncière*, est valable et ne peut être attaqué en cassation ou en nullité pour le motif qu'il n'est pas conforme à une disposition de la présente loi qui diffère de la *Loi sur l'évaluation foncière*.

Aux fins du présent article, le rôle de la valeur locative de la Ville de Montréal en vigueur le 21 décembre 1979 est censé avoir été fait et déposé le 15 novembre 1979 conformément à la *Loi sur l'évaluation foncière* pour son exercice financier de 1980.

531. Avant le 15 septembre 1980, un rôle d'évaluation foncière ou un rôle de la valeur locative visé à l'article 530 doit être modifié conformément au chapitre XV pour tenir compte des dispositions de la présente loi qui lui sont applicables et qui diffèrent de celles de la *Loi sur l'évaluation foncière*.

For the purposes of this section, the word "unduly" in section 174 shall be construed as if the roll were required to have been made in conformity with this act at its coming into force.

An amendment made under this section cannot have effect to a time prior to 1 January 1980.

550. A complaint or a recourse to quash or to set aside the real estate assessment roll or the roll of rental values may be introduced not later than sixty days, three months or one year, respectively, after the sending of accounts contemplated in section 544 or 547.

The prohibition under section 530 from seeking the quashing or setting aside of a roll ceases to apply from the date the accounts are sent.

This is the background against which the arguments of the parties, both substantive and procedural, must now be examined.

Assessment

On November 14, 1979 the M.U.C. assessor deposited assessment rolls for 1980 for the various municipalities in his area, including the city of Lachine. This roll had been prepared, as required, in accordance with the provisions of the *Real Estate Assessment Act* in effect at the time. This meant that the immovables were entered on the roll at their actual value, or at least what the M.U.C. assessor regarded to be the actual value. This was confirmed by the witness André Massé, the assessor responsible for preparing the roll for the city of Lachine:

[TRANSLATION]

- A. Right, we considered the wording of s. 531, and after very pleasant and lengthy discussions we concluded that it was not necessary to amend the values as shown on the roll, for the purposes of giving effect to s. 531 as such.
- Q. When you say "to amend the values", this is still with respect to the Northern Telecom immovable?—or for the Lachine roll as a whole?
- A. For Northern Telecom and for Lachine properties as a whole.
- Q. Was there any mention in your discussions of a median, Mr. Massé?—the famous median.

À cette fin, le mot «indûment», dans l'article 174, est interprété comme si le rôle avait dû être conforme à la présente loi lors de son entrée en vigueur.

L'effet d'une modification apportée en vertu du présent article ne peut être antérieur au 1^{er} janvier 1980.

550. Une plainte, un recours en cassation ou un recours en nullité du rôle d'évaluation foncière ou du rôle de la valeur locative peut être exercé jusqu'à l'expiration d'un délai de soixante jours, trois mois ou un an, respectivement, après l'expédition visée à l'article 544 ou 547.

La prohibition d'attaquer un rôle en cassation ou en nullité prévue par l'article 530 ne s'applique plus à compter de cette expédition.

C'est sur cette toile de fond qu'il y a lieu maintenant d'examiner les prétentions des parties tant du point de vue substantif que procédural.

L'évaluation

L'évaluateur de la C.U.M. avait, le 14 novembre 1979, déposé les rôles d'évaluation pour l'année 1980 pour les diverses municipalités comprises dans son territoire, dont la cité de Lachine. Ce rôle avait été confectionné, comme il se devait, suivant les dispositions de la *Loi sur l'évaluation foncière* en vigueur à l'époque. Ceci signifie que les immeubles avaient été portés au rôle à leur valeur réelle ou du moins à ce que l'évaluateur de la C.U.M. considérait comme la valeur réelle. C'est ce que confirme le témoin André Massé, évaluateur responsable de la confection du rôle pour la cité de Lachine:

- R. D'accord, nous nous sommes penchés sur le texte de l'article cinq trente et un (531), et après de fort agréables et longues discussions, nous sommes d'opinion qu'il n'y avait pas lieu de modifier les valeurs telles qu'inscrites au rôle, suite à l'application de l'article cinq trente et un (531) comme tel.
- Q. Quand vous dites: «de modifier les valeurs», toujours relativement à l'immeuble de Northern Telecom? Ou pour l'ensemble du rôle de Lachine?
- R. Pour Northern Telecom et pour l'ensemble des propriétés de Lachine.
- Q. Est-ce qu'y a été question de médiane, lors de vos discussions, monsieur Massé? La fameuse médiane.

A. For an assessor, the median is a consequence at all times. We prefer, if you like, to use the word "target"—because the median is established once the facts are determined.

Q. Hmm.

A. And the assessor cannot determine the median first: he can only try to reach a target.

Q. All right; but you know the expression "median proportion" nevertheless?

A. Yes, I know it.

Q. All right. Now as regards s. 531, what did the department conclude for the fiscal year 1980?

A. That it did not have to be applied, and that for 1980 it should simply ensure that the values which were deposited were the actual values.

The "target" mentioned by the witness is, if I understand him correctly, the percentage of the actual value of an immovable which an assessor aims at when preparing his roll, based on certain indicia and data recognized by assessors. It would appear that this "target" generally corresponds to the median proportion, which the latter may or may not subsequently confirm, and which the Minister may correct if necessary (s. 264). This is how I read the witness Massé's statement that "For an assessor, the median is a consequence at all times . . . because the median is established once the facts are determined".

This is also how I read the statement by counsel for the M.U.C. at the hearing that the M.U.C. assessor never takes the median into account in preparing the assessment rolls for municipalities in the M.U.C. territory, no more now than in preparing the roll for 1980.

The M.U.C. assessor consequently prepared the roll for 1980 in accordance with the provisions of the *Real Estate Assessment Act* in effect at the time, and did not take the median proportion into account in preparing the roll, as, in his opinion, s. 531 of the *Act* did not require him to do so. However, it should be noted that both the median

R. La médiane, pour un évaluateur, c'est une conséquence tout le temps. Nous préférons, si vous permettez, utiliser le mot «cible». Parce que la médiane s'établit une fois que les faits sont accomplis.

Q. Hm, hm.

R. Et l'évaluateur ne peut déterminer au préalable la médiane. Il peut simplement essayer de viser une cible.

Q. Bon. Maintenant vous connaissez quand même l'expression «proportion médiane»?

R. Oui, je la connais.

Q. Bon. Maintenant en rapport à l'article cinq cent trente et un (531), quelle a été la conclusion du service, là, pour l'exercice financier mil neuf cent quatre-vingt (1980)?

R. Qu'il n'y avait pas lieu de l'appliquer, et s'en tenir que pour l'année mil neuf cent quatre-vingt (1980) les valeurs qui étaient déposées étaient les valeurs réelles.

La «cible» dont parle le témoin est, si je le comprends bien, le pourcentage de la valeur réelle d'un immeuble que vise l'évaluateur lorsqu'il confectionne son rôle, à partir de certains indices et données qui sont reconnus par les évaluateurs. Cette «cible» correspond généralement, semble-t-il, à la proportion médiane, qui peut ou non la confirmer a posteriori et que le ministre rectifiera s'il y a lieu (art. 264). C'est ainsi que j'interprète l'affirmation du témoin Massé que «la médiane, pour un évaluateur, c'est une conséquence tout le temps [. . . parce] que la médiane s'établit une fois que les faits sont accomplis».

C'est aussi en ce sens que j'interprète l'affirmation du procureur de la C.U.M. à l'audience selon laquelle l'évaluateur de la C.U.M. ne tient jamais compte de la médiane dans la confection des rôles d'évaluation des municipalités du territoire de la C.U.M., pas plus maintenant que lors de la confection du rôle pour l'année 1980.

L'évaluateur de la C.U.M. a donc confectionné le rôle pour l'année 1980 suivant les dispositions de la *Loi sur l'évaluation foncière* en vigueur à l'époque et n'a pas tenu compte, dans la confection du rôle, de la proportion médiane, étant d'opinion que l'art. 531 de la *Loi* ne l'obligeait pas à en tenir compte. Il faut noter cependant que tant la propor-

proportion (79%) and the comparative factor (1.27) appear in Nortel's final tax account, as required by the *Act* (s. 527). Further, again according to the testimony of André Massé, the Nortel immovable was entered on the real estate assessment roll for 1980 at its actual value:

[TRANSLATION]

Q. In '81, it is \$19,822,000.

A. That's correct.

Q. And this assessment represents the actual value of the immovable in question, in your opinion?

A. For what year, sir?

Q. For '79 and '80 and '81, which is shown on your file card.

A. '79, '80—it represents the actual value.

Q. For '81?

A. They represent a certain percentage of the actual value.

Q. What percentage?

A. It is a target, since the median is a consequence following deposit of the roll—it is a target that is aimed at.

Q. So what was your target in '81?

A. Approximately 90.

Q. So '81 represented 90% of the actual value—which is your target.

A. That's correct. [Emphasis added.]

If that is the case, taking the median proportion of 79% and the reciprocal, 1.27, namely the comparative factor shown on the tax account, the actual value of the immovable in question would have been \$24,132,032 computed by multiplying the value entered in the roll for the Nortel immovable in 1980, namely \$19,001,600, by the comparative factor of 1.27. If that value did not in Nortel's opinion represent the actual value of the immovable, Nortel could file a complaint with the B.R.E.F. in accordance with ss. 124 *et seq.* of the *Act* within the specified deadline.

tion médiane (79 %) que le facteur comparatif (1.27) apparaissent au compte de taxes définitif de Nortel, tel que le prescrivait la *Loi* (art. 527). De plus, toujours selon le témoignage d'André Massé, l'immeuble de Nortel a été porté au rôle d'évaluation foncière pour l'année 1980 à sa valeur réelle:

Q. En quatre-vingt-un ('81), on retrouve dix-neuf millions huit cent vingt-deux mille dollars (\$19,822,000.00).

R. C'est exact.

Q. Et cette évaluation-là représente la valeur réelle de l'immeuble en contestation, selon votre opinion à vous?

R. Pour quelle année, maître?

Q. Pour l'année soixante et dix-neuf ('79) et quatre-vingt ('80), et quatre-vingt-un ('81), tel qui est inscrit sur votre carte-fiche.

R. Soixante-dix-neuf ('79), quatre-vingt ('80), elle représente la valeur réelle.

Q. Pour quatre-vingt-un ('81)?

R. Ils représentent un certain pourcentage de la valeur réelle.

Q. Lequel?

R. C'est une cible visée, puisque la médiane est une conséquence, suite au dépôt du rôle, il s'agit d'une cible visée.

Q. Alors quelle est votre cible visée en quatre-vingt-un ('81)?

R. Approximativement quatre-vingt-dix (90).

Q. Alors quatre-vingt-un ('81), ça représentait quatre-vingt-dix pour cent (90 %) de la valeur réelle, qui est votre cible visée.

R. C'est exact. [Je souligne.]

Si tel est le cas, compte tenu de la proportion médiane de 79 % et de l'inverse, 1.27, soit le facteur comparatif apparaissant au compte de taxes, la valeur réelle de l'immeuble aurait été de 24 132 032 \$, calculée en multipliant la valeur portée au rôle de l'immeuble de Nortel, en 1980, soit 19 001 600 \$ par le facteur comparatif de 1.27. Si cette valeur ne représentait pas, selon Nortel, la valeur réelle de cet immeuble, Nortel pouvait loger une plainte devant le B.R.E.F. conformément aux art. 124 et suiv. de la *Loi*, dans le délai imparti.

The reason why Nortel did not file such a complaint in due time was explained by the Superior Court judge:

[TRANSLATION] It is important to point out that the Superior Court is not a review board. Applicant clearly failed to appeal its assessment for 1980. It appears from the evidence that an appeal was filed for 1978 and for 1979, and that an appeal was also filed for 1981, but that no appeal was filed for 1980. It is therefore apparent that applicant is trying by mandamus to revive a right which has expired. Indeed, Mr. Bain, applicant's representative, quite honestly said this at the examination for discovery, when he stated at the bottom of p. 18:

"Well I guess the main reason is that you know, I am green, I did not instruct our solicitors to lodge an appeal because I believed that a certificate would be issued based on the fact that this is our Montreal plant with a lot of machine footings and so on."

Also on page 18, Mr. Bain answered in the affirmative a question put to him by Mr. Taillefer as to whether in fact this was not an attempt to indirectly institute an appeal for 1980.

The question before the Court is not whether the Nortel immovable was assessed at its actual value in the M.U.C. real estate assessment roll for 1980, nor to determine what that value is or what value the B.R.E.F. would have approved in the event that a complaint had been filed, nor even whether the time limit for filing such a complaint had expired when these proceedings were instituted. The only question before this Court is whether the M.U.C. assessor failed or refused to carry out a duty imposed on him by the *Act* in respect of the real estate value entered on the M.U.C. assessment roll for the Nortel immovable in the city of Lachine for 1980. If he did, the writ will issue.

Sections 42, 147 and 264

The outcome of the case at bar depends essentially on the interpretation of ss. 42, 147 and 264 of the *Act* as they stood at the time and which I reproduced above.

Si Nortel n'a pas déposé telle plainte en temps utile, la raison en est relatée par le juge de la Cour supérieure:

Il est important de souligner que la Cour supérieure n'est pas le bureau de révision. Il est manifeste que la requérante a omis d'en appeler de son évaluation au cours de l'année 1980. Il apparaît de la preuve qu'un appel a été logé pour l'année 1978, pour l'année 1979, et qu'un appel a également été logé pour l'année 1981, mais qu'aucun appel n'a été logé pour l'année 1980. Il est donc manifeste qu'on tente de faire revivre par un mandamus un droit qui est éteint. D'ailleurs, monsieur Bain, le représentant de la requérante, le mentionne bien honnêtement à l'interrogatoire au préalable, lorsqu'il dit au bas de la page 18:

«Bien, je pense que la raison principale c'est que, vous savez, je suis inexpérimenté, je n'ai pas demandé à nos procureurs d'interjeter un appel parce que je croyais qu'un certificat serait délivré sur le fondement du fait qu'il s'agissait de notre usine de Montréal qui comporte de nombreux socles de machines et ainsi de suite.»

À cette même page 18, à une question que Me Taillefer lui pose, à savoir si, dans les faits, on ne tente pas d'obtenir un appel indirectement pour l'année 1980, monsieur Bain répond dans l'affirmative.

La question qui nous est posée ici n'est pas de savoir si l'immeuble Nortel a été ou non évalué à sa valeur réelle au rôle d'évaluation foncière de la C.U.M. pour l'année 1980 non plus que de déterminer quelle est cette valeur ou quelle valeur le B.R.E.F. aurait retenue dans l'éventualité où une plainte eût été déposée ni même si le délai pour le dépôt de telle plainte était ou non expiré à l'époque où les présentes procédures ont été intentées. La seule question à résoudre est de savoir si l'évaluateur de la C.U.M. a négligé ou refusé de remplir un devoir que la *Loi* lui imposait en ce qui concerne la valeur foncière inscrite au rôle d'évaluation de la C.U.M., de l'immeuble de Nortel dans la cité de Lachine pour l'année 1980. Dans l'affirmative, le bref émanera.

Les articles 42, 147 et 264

La solution du litige dépend essentiellement de l'interprétation des art. 42, 147 et 264 de la *Loi* tels qu'ils existaient à l'époque et que j'ai reproduits plus haut.

As I have already mentioned, the phrase "the same proportion" in s. 42(2) of the *Act* was interpreted in various ways. To the M.U.C. assessor this phrase does not in any way refer to the "median proportion" mentioned in s. 264 of the *Act*, but rather to the uniform assessment of units of assessment. According to appellant, the *Act* allows the assessor to enter on the roll simply a "proportion" of the actual value of units of assessment, but requires him to apply "the same proportion" to all units of assessment.

The trial judge did not decide this point, as he felt he should not substitute his opinion to the discretion of the assessor, especially since, in his view, the Superior Court was not the proper forum:

[TRANSLATION] The assessor told the Court that he considered the median proportion but, in his opinion, at the time he set the value of applicant's immovable for 1980, he thought the figure required was the actual value as provided in the Act respecting municipal taxation. Was this the right decision? The Court does not have to rule on the point.

It is true that the case at bar is not an action brought subject to a privative clause. It is also true that it is not a remedy based on art. 33 of the Code of Civil Procedure. However, in the case at bar as in the case of all prerogative writs, when an official exercises his discretion in accordance with established standards, limits, and in keeping with the law, it is not the function of the Superior Court to substitute its own decision and amend that of the official if it thinks the latter was not correct in the circumstances.

The Court of Appeal disposed of this aspect of the case in the following single paragraph, at p. 148:

[TRANSLATION] This paragraph provides for application of the median proportion, the implementation of which is explained in s. 264. This proportion is the median proportion of the actual real estate value of units of assessment (that is, a complete immovable) which corresponds to the values entered on the roll, that is, the entered value of all immovables must represent the same proportion of their respective actual values.

Comme je l'ai déjà souligné, l'expression «une même proportion» au deuxième alinéa de l'art. 42 de la *Loi* a fait l'objet de diverses interprétations. Pour l'évaluateur de la C.U.M. cette expression ne réfère aucunement à la «proportion médiane» dont parle l'art. 264 de la *Loi* mais vise plutôt l'uniformité d'évaluation des unités d'évaluation. Selon l'appelante la *Loi* permet à l'évaluateur de ne porter au rôle qu'une «proportion» de la valeur réelle des unités d'évaluation en l'obligeant toutefois à appliquer «la même proportion» à toutes les unités d'évaluation.

Le juge de première instance ne s'est pas prononcé à cet égard, considérant qu'il n'y avait pas lieu de substituer son opinion à la discrétion de l'évaluateur, d'autant plus que, selon lui, la Cour supérieure n'était pas le forum approprié:

L'évaluateur nous dit qu'il a considéré la proportion médiane mais que, dans son opinion, au moment où il a établi la valeur de l'immeuble de la requérante pour l'année 1980, il a considéré qu'il s'agissait de la valeur réelle telle que prévue par la Loi sur la fiscalité municipale. Était-ce la bonne décision? La Cour n'a pas à se prononcer à ce sujet.

Il est vrai que dans le cas présent, il ne s'agit pas d'une action intentée alors qu'il existe une clause privative. Il est également vrai qu'il ne s'agit pas non plus d'un recours basé suivant l'article 33 du Code de procédure civile. Toutefois, dans le cas présent comme dans le cas de tous les brevets de prérogative, lorsque le fonctionnaire exerce sa discrétion en respectant les normes, les limites, et en agissant conformément à la loi, la Cour supérieure n'a pas à se substituer à sa décision pour la modifier si elle juge que cette décision n'a pas été la bonne dans les circonstances.

La Cour d'appel dispose de cet aspect du litige dans ce seul paragraphe à la p. 148:

Cet alinéa prévoit l'application de la proportion médiane dont la mise en œuvre est prévue à l'article 264. Cette proportion est la proportion médiane de la valeur foncière réelle des unités d'évaluation (soit un immeuble complet) qui correspond aux valeurs inscrites au rôle, c'est-à-dire que la valeur inscrite de tous les immeubles doit représenter une même proportion de leur valeur réelle respective.

1. *C.U.M. v. Dorchester Commerce Realty Ltd.*

Respondent relied chiefly, and almost exclusively, on *Communauté urbaine de Montréal v. Dorchester Commerce Realty Ltd.*, [1984] C.A. 426.

It is important to read this judgment in its context. Dorchester Commerce Realty Ltd. had filed a complaint with the B.R.E.F. against the value entered on the M.U.C. roll for its immovable in the city of Montréal for 1980. As was pointed out in the stated case, referred to by Monet J.A., at p. 427:

[TRANSLATION] The only problem presented by the appeals at bar can be summarized as follows: could the Bureau de révision legally, and did it have jurisdiction to, apply the "median proportion" fixed by the Minister of Municipal Affairs to the values deposited for the 1980 fiscal year and so reduce the values deposited?

and below (at p. 429):

[TRANSLATION] The parties disagree on the powers exercised by the Bureau in respect of the application of the median proportion to the assessment (taxable value) of the immovables at issue.

The Court of Appeal concluded that the B.R.E.F. had properly taken the median proportion into account in considering Dorchester's complaint. That conclusion is no longer disputed, as appears in appellant's following statement:

[TRANSLATION] 26. The new Act therefore had to provide a quick, easy and fair means of allowing the taxpayer, and of course the Bureau de révision, to arrive at this proportion: this (mathematical) means is known as the "median proportion". Admitting once again that despite all the assessor's efforts, the immovables entered on the roll are not all in the same proportion (any more than they were all at their actual value under the old system), the legislator for the sake of fairness adopted a middle-of-the-road solution: the Bureau de révision will direct that the complaining taxpayer's immovable be entered on the roll not at the highest or the lowest proportion found, but at the middle proportion, the median (ss. 147 and 264). This new function of the Bureau de révision was recognized by the Court of Appeal in *Dorchester Commerce Realty*—[1984] C.A. 426.

1. *C.U.M. c. Dorchester Commerce Realty Ltd.*

L'intimée s'appuie principalement et presque exclusivement sur l'arrêt *Communauté urbaine de Montréal c. Dorchester Commerce Realty Ltd.*, [1984] C.A. 426.

Il est important de situer cet arrêt dans son contexte. La compagnie Dorchester Commerce Realty Ltd. avait porté plainte au B.R.E.F. contre la valeur portée au rôle de la C.U.M. de son immeuble dans la ville de Montréal pour l'année 1980. Comme le souligne l'exposé de cause auquel réfère le juge Monet de la Cour d'appel (à la p. 427):

Le seul problème soulevé par les présents appels peut se résumer comme suit: le Bureau de Révision pouvait-il légalement et avait-il juridiction pour appliquer aux valeurs déposées pour l'exercice 1980 la «proportion médiane» établie par le ministre des Affaires municipales et ainsi réduire les valeurs déposées.

et plus loin (à la p. 429):

Les parties sont en désaccord sur les pouvoirs de la compétence du Bureau en ce qui concerne l'application de la proportion médiane à l'évaluation (valeur imposable) des immeubles dont il s'agit.

La Cour d'appel a conclu que c'est avec raison que le B.R.E.F. avait tenu compte de la proportion médiane lors de l'examen de la plainte de la compagnie Dorchester. Personne aujourd'hui ne conteste cette conclusion. L'appelante exprime son accord à son mémoire en ces termes:

26. Il fallait donc que la Loi nouvelle prévoie un moyen facile, rapide et équitable permettant au contribuable et bien sûr au Bureau de révision d'établir cette proportion: ce moyen (mathématique) se nomme la «proportion médiane». Reconnaisant une fois de plus que malgré toutes les tentatives de l'évaluateur, les immeubles portés au rôle ne le sont pas tous dans la même proportion (pas plus d'ailleurs qu'ils étaient tous à leur valeur réelle sous l'ancien régime), le législateur adopte, par souci d'équité, une solution centrée: le Bureau de révision ordonnera que l'immeuble du contribuable plaignant soit porté au rôle non pas à la plus haute ni à la plus basse proportion qu'on y trouve, mais à la proportion du milieu: la médiane (art. 147 et 264). Cette fonction nouvelle du Bureau de révision a été reconnue par la Cour d'appel dans l'affaire *Dorchester Commerce Realty*—1984 C.A., p. 426.

In the course of his opinion Monet J.A. appeared to approve this *obiter* of the B.R.E.F., which, dismissing the M.U.C.'s argument and accepting that of Dorchester, held that [TRANSLATION] "the 'same proportion' of s. 42 is necessarily the 'median proportion' of s. 264 and that the Bureau's duty is to apply the latter" (p. 432). Respondent relies on that statement.

It should be noted that the argument in that case turned on the interpretation of s. 147 as it stood at the time the case arose in 1980. At that time, the section provided that the B.R.E.F. should first set the actual value of the unit of assessment and second, apply "the rule provided in the second paragraph of section 42". The problem presented by this reference to s. 42 is readily apparent, especially in view of the word "proportion" in that section. In 1980 the B.R.E.F. in hearing a complaint, set the actual value of the immovable, the assessment of which was being challenged. In order to attain the objective of fiscal equity sought by the *Act*, the B.R.E.F. applied the median proportion to such value in order to bring that assessment to the level of the roll. It did so by interpreting the word "proportion" in s. 42 of the *Act* as meaning "median proportion". In *Dorchester Commerce Realty*, the Court of Appeal appeared to confirm this interpretation which was given some weight by the then wording of s. 147. The legislator has subsequently eliminated from s. 147 the reference to s. 42. It substituted a reference to s. 264, which refers to the median proportion, with the result that the ambiguity in the use of the word "proportion" in s. 42 was resolved.

To the extent that reference should be made to *Dorchester Commerce Realty* in interpreting s. 42 of the *Act*, one has to conclude that, read in its proper context, such *obiter* does not have the authority claimed by respondent.

2. *Gorham v. C.U.M.*

Respondent also cited *Gorham v. Communauté urbaine de Montréal*, J.E. 87-116 (Sup. Ct.) Analysing ss. 42, 43 and 46 of the *Act*, Durand J. concluded that:

Dans le cours de son opinion, le juge Monet a semblé approuver cet *obiter* du B.R.E.F. qui, rejetant la thèse de la C.U.M. pour retenir celle de Dorchester, a affirmé que «la «même proportion» de l'art. 42 est nécessairement la «proportion médiane» de l'art. 264 et que l'obligation du Bureau est d'appliquer cette dernière» (p. 432). C'est ce sur quoi s'appuie ici l'intimée.

Il importe de noter que le débat dans cette affaire portait sur l'interprétation de l'art. 147 tel qu'il existait à l'époque où le litige est né, soit en 1980. Cet article prévoyait alors que le B.R.E.F. devait, dans un premier temps, fixer la valeur réelle de l'unité d'évaluation et, dans un second temps, appliquer «la règle prévue par le deuxième alinéa de l'article 42». On constate facilement la difficulté que soulevait ce renvoi à l'art. 42, en particulier vu le terme «proportion» qui s'y retrouve. Donc, en 1980, saisi d'une plainte, le B.R.E.F. établissait la valeur réelle de l'immeuble dont on contestait la valeur inscrite au rôle. Afin de parvenir à l'objectif d'équité fiscale visé par la *Loi*, le B.R.E.F. appliquait à cette valeur réelle la proportion médiane pour ramener l'évaluation de l'immeuble au niveau du rôle. Il le faisait en interprétant le terme «proportion» de l'art. 42 de la *Loi* comme signifiant «proportion médiane». C'est cette interprétation que semble confirmer la Cour d'appel dans l'arrêt *Dorchester Commerce Realty*. Cette interprétation était favorisée par la rédaction de l'art. 147. Or, depuis, le législateur a éliminé, à l'art. 147, la référence à l'art. 42 pour lui substituer une référence à l'art. 264 qui, lui, réfère à la proportion médiane, ce qui, somme toute, réglait l'ambiguïté dans l'utilisation du terme «proportion» à l'art. 42.

Si tant est qu'on doive se référer à l'arrêt *Dorchester Commerce Realty* dans l'interprétation de l'art. 42 de la *Loi*, il faut, le situant dans son véritable contexte, conclure qu'il s'agit d'un *obiter* qui n'a pas l'autorité que lui prête l'intimée.

2. *Gorham c. C.U.M.*

L'intimée cite également l'affaire *Gorham c. Communauté urbaine de Montréal*, J.E. 87-116 (C.S.) Analysant les art. 42, 43 et 46 de la *Loi*, le juge Durand en tire la conclusion que:

[TRANSLATION] The legislator has thus stated three principles:

- (1) the entered value of an immovable is no longer necessarily its actual value;
- (2) the latter is established by taking into account sales actually made during a given period; and
- (3) for the most part these taxable values should be at more or less the same level compared to actual values.

However, if the assessor does not attain this level of perfection, the roll will not be quashed or set aside, as the Act provides that a taxpayer can then file a complaint with the B.R.E.F., as we will see below.

Then, relying on *Dorchester Commerce Realty, supra*, which he appeared to regard as binding on him, Durand J. states that [TRANSLATION] "this 'same proportion of actual values' mentioned in s. 42 is the 'median proportion' which we have referred to". Although these words seem to support respondent's point of view, the substance of the judgment is not to that effect. Durand J. did subsequently say that it seems clear the legislator intended this median to be mentioned on the roll for two reasons: to enable the taxpayer to determine whether the assessment of his immovable was reasonable and to allow the B.R.E.F. to adjust the assessment in accordance with this proportion. Discussing the transitional provisions, Durand J. explained his approach:

[TRANSLATION] In our view, and again with all due respect to the opposite opinion, it is mistaken reasoning to argue that the assessor should also apply this median to assessments he has already made and which he has used in calculating it. First, this is not mentioned in s. 264, and second it would be requiring him to redo work he has already done. Take, for example, the value of applicant's property entered on the roll for 1986. Before November 15, 1985 the assessor determined "its exchange value in the free and open market" (s. 43) on the date on which he assessed it "taking account of market conditions on 1 January" 1985 (s. 46), and he then checked the list of sales concluded between July 1, 1984 and June 30, 1985, made up a list of those which could be used in calculating the median (regulation r. 11.1., ss. 3 and 4), then divided the value he had entered on the roll for these properties by their selling price, and calculated an average [*sic*] of all the quotients thus obtained (r. 11.1., s. 1). It would be pointless to ask him to then revise all the entries on the roll to ensure that

Le législateur a ainsi énoncé trois principes:

- 1- la valeur inscrite d'un immeuble n'est plus nécessairement sa valeur réelle;
- 2- celle-ci est établie en tenant compte des ventes qui ont effectivement eu lieu pendant une période donnée; et,
- 3- ces valeurs imposables devraient, pour la plupart, se situer à peu près au même niveau par rapport aux valeurs réelles.

Par contre, si l'évaluateur n'atteint pas cette perfection, le rôle ne sera ni cassé ni annulé, car la Loi prévoit qu'un contribuable doit alors déposer une plainte au B.R.E.F., comme nous le verrons plus loin.

S'appuyant ensuite sur l'arrêt *Dorchester Commerce Realty*, précité, qu'il semble considérer comme le liant, le juge Durand affirme que «cette «même proportion des valeurs réelles» prévue à l'art. 42 est la «proportion médiane» dont nous avons parlé». Si cette affirmation semble soutenir le point de vue de l'intimée, il en va autrement de la substance du jugement. Le juge Durand dira en effet plus loin qu'il semble clair que le législateur a voulu que cette médiane soit inscrite au rôle pour deux raisons: permettre au contribuable de déterminer si l'évaluation de son immeuble est raisonnable et permettre au B.R.E.F. d'ajuster l'évaluation en tenant compte de cette proportion. Traitant des dispositions transitoires, le juge Durand explicite sa pensée:

C'est à notre avis et, à nouveau, en toute déférence pour l'opinion contraire, mal raisonner que de prétendre que l'évaluateur doit en plus appliquer cette médiane aux évaluations qu'il a déjà fixées et qui lui ont permis de la calculer. D'une part, l'article 264 ne le mentionne pas et, d'autre part, ce serait lui faire recommencer un travail qu'il a déjà fait. Prenons, par exemple, la valeur de la propriété du requérant inscrite au rôle pour l'année 1986. Avant le 15 novembre 1985, l'évaluateur a déterminé «sa valeur d'échange sur un marché libre et ouvert à la concurrence» (article 43) à la date où il l'évalue «mais en tenant compte des conditions du marché au premier janvier» 1985 (article 46), après quoi il a vérifié la liste des ventes qui ont été conclues entre le 1er juillet 1984 et le 30 juin 1985, établit la liste de celles qui sont admissibles au calcul de la médiane (règlement r. 11.1., art. 3 et 4) pour ensuite diviser la valeur qu'il a inscrite au rôle pour ces propriétés par leur prix de vente, et faire la moyenne (*sic*) de tous les quotients ainsi obtenus (r. 11.1., art. 1). Ce serait un non-sens que de lui

they are all at the median, for he would no longer be acting as an assessor, that is a person setting an approximate value of something, but would be passing judgment on his own estimate and would thus be taking over the function of the B.R.E.F. which is precisely to make that review.

In short, the undersigned considers that so far as the median is concerned the Act creates separate duties for each intervener and that one does not overlap the other:

- (a) the assessor calculates it, sets it out and sends it to the Minister;
- (b) the Minister approves and adopts it;
- (c) the municipality enters it on the notice of assessment or the tax account; and
- (d) the B.R.E.F. applies it without discussion to the value it has set for a unit of assessment.

As the assessor was not responsible for applying the median, he cannot be required by mandamus to do so.

That is exactly the position taken by appellant in this Court. I agree.

3. Interpretation

Neither the wording of ss. 42, 147 and 264, the logic of the provision and the context, nor the purpose of the *Act* support respondent's arguments. Section 42 of the *Act* does not contain the term "median proportion" of s. 264, but rather "the same proportion of the actual value". If the legislator intended here to refer to the "median proportion" he could easily have said so clearly, especially as this was a completely new concept which, then, was being mentioned for the first time in the *Act* some two hundred sections later (s. 264). It seems much more logical that, in the second paragraph of the same section, the legislator intended to refer to concepts he had developed in the first paragraph. The first paragraph of s. 42 states that an immovable will be entered on the roll "on the basis of its actual value". That value is necessarily expressed or indicated by a "proportion" of the actual value and it is this "proportion" which must be the same for all immovables. Read in this way s. 42 is complete in itself, integrates perfectly within the reform of municipal taxation intended to ensure fiscal equity and complies with

demander de réviser alors toutes les inscriptions au rôle pour s'assurer qu'elles soient toutes à la médiane car il n'agirait plus comme un évaluateur, c'est-à-dire une personne qui fixe approximativement la valeur de quelque chose, mais porterait jugement sur sa propre estimation et usurperait ainsi la fonction du B.R.E.F. qui est justement de faire cette vérification.

En résumé, le soussigné considère que la Loi crée, en ce qui concerne la médiane, des obligations distinctes pour chaque intervenant et que l'une n'empiète pas sur l'autre:

- a- l'évaluateur la calcule, l'indique et la transmet au ministre;
- b- celui-ci l'approuve et la fait sienne;
- c- la municipalité l'inscrit à l'avis d'évaluation ou au compte de taxes; et,
- d- le B.R.E.F. l'applique, sans discussion, à la valeur qu'il établit pour une unité d'évaluation.

L'évaluateur n'étant pas chargé de l'application de la médiane, il ne peut, par mandamus, être contraint à le faire.

C'est exactement cette dernière position que soutient l'appelante devant nous. J'estime que l'appelante a raison.

3. Interprétation

Ni le texte des art. 42, 147 et 264 ni la logique du texte et du contexte ni l'objectif de la *Loi* n'appuient les prétentions de l'intimée. On ne retrouve pas à l'art. 42 de la *Loi* l'expression «proportion médiane» de l'art. 264 mais bien l'expression «une même proportion de la valeur réelle». Si le législateur entendait ici référer à la «proportion médiane», il lui était facile de l'exprimer clairement et ce d'autant plus qu'il s'agissait d'une notion tout à fait nouvelle dont il était à l'époque fait mention pour la première fois dans la *Loi* quelque deux cents articles plus loin (art. 264). Il semble beaucoup plus logique que le législateur ait entendu, dans le deuxième alinéa d'un même article, référer plutôt aux notions qu'il a élaborées au premier alinéa. Or, le premier alinéa de l'art. 42 établit qu'un immeuble sera porté au rôle «sur la base de sa valeur réelle». Cette valeur s'exprime, ou se traduit, nécessairement par une «proportion» de la valeur réelle et c'est cette «proportion» qui devra être la même pour tous les immeubles. Ainsi compris, l'art. 42 est complet par lui-même, s'inscrit parfaitement dans l'esprit de la réforme de la

the “mischief rule” of interpretation. The remedy intended by the adoption of s. 42 is to allow the assessor some flexibility in preparing the roll. Using as a basis the actual value defined by the *Act*, he can henceforth now legally set the value of immovables at a certain proportion of the actual value. The caveat contained in the second paragraph of s. 42 requires him to respect this proportion on all immovables assessed, hence the resulting fiscal equity.

Looking at the term “median proportion” in s. 264 of the *Act* and the Regulation in which it is defined, it can immediately be seen that the “same proportion” mentioned in s. 42 could not refer to the “median proportion” of s. 264. The assessor clearly cannot enter on the roll a proportion that he cannot possibly know until the roll has been prepared. He can no more calculate the median proportion at the time the roll is being prepared, since that median proportion is calculated, according to the Regulation set out above, from the value entered in the roll.

As appellant said in its submission:

[TRANSLATION] The median of a roll is not calculated until after the roll is prepared. This calculation is made on the basis of the values entered in the roll by the assessor. It would be senseless for him to redo the roll he has just prepared so as to reduce it to a proportion resulting from that process: otherwise the assessor would never prepare any roll, as when he had reduced it he would obtain a new median which he would again have to apply, and so on until the roll had vanished completely!

By its very definition, the median proportion is a proportion of the roll in its entirety and can only be determined once the roll has been prepared, using the roll itself as the basis of calculation. This is what Durand J. demonstrated in *Gorham*, *supra*. This interpretation is also entirely in keeping with s. 264 of the *Act*: as I have said, that section introduces the new concept of a “median proportion” and nowhere does it require the assessor to take it into account in preparing the roll. On

fiscalité municipale qui recherche l'équité fiscale et répond au «*mischief rule*» en matière d'interprétation. Le correctif recherché par l'adoption de l'art. 42 en effet, est de permettre à l'évaluateur une certaine souplesse dans la confection du rôle. En prenant pour base la valeur réelle telle que définie à la *Loi*, il pourra désormais, en toute légalité, fixer la valeur des immeubles à une certaine proportion de la valeur réelle. Le *caveat* contenu au deuxième alinéa de l'art. 42 l'oblige à respecter cette proportion quant à tous et chacun des immeubles inscrits au rôle, d'où l'équité fiscale qui en résulte.

Si l'on s'en rapporte à l'expression «proportion médiane» de l'art. 264 de la *Loi* et au Règlement qui la définit, on voit immédiatement que la «même proportion» dont parle l'art. 42 ne saurait référer à «proportion médiane» de l'art. 264. L'évaluateur, en effet, ne saurait inscrire au rôle une proportion qu'il lui est impossible de connaître avant que le rôle ne soit confectionné. Il ne saurait non plus calculer la proportion médiane au moment de la confection du rôle puisque c'est à partir de la valeur inscrite au rôle que cette proportion médiane est calculée, suivant le Règlement reproduit plus haut.

Comme l'exprime l'appelante à son mémoire:

La médiane d'un rôle n'est calculée qu'après la confection du rôle. Ce calcul se fait sur la base des valeurs que l'évaluateur y a portées. Il ne peut être question pour lui de reprendre le rôle qu'il vient de confectionner pour le réduire à une proportion résultant de cette confection: autrement l'évaluateur n'établira jamais le rôle car après l'avoir réduit il obtiendra une nouvelle médiane qu'il devra à nouveau appliquer et ainsi de suite jusqu'à ce que le rôle disparaisse!

La proportion médiane, de par sa définition même, est celle de l'ensemble du rôle et elle ne peut être déterminée qu'une fois le rôle confectionné à partir de ce rôle même qui lui sert de base de calcul. C'est cette démonstration que fait d'ailleurs le juge Durand dans l'affaire *Gorham*, précitée. Cette interprétation s'harmonise d'ailleurs parfaitement avec l'art. 264 de la *Loi*; cet article qui, comme je l'ai dit, introduit le concept nouveau de «proportion médiane» ne fait aucunement men-

the contrary, under that section the assessor must indicate the median proportion to which the entered values correspond. This necessarily implies an *a posteriori*, not an *a priori*. Additionally, this proportion can be determined by the Minister if the assessor fails to do so. No one would argue that the Minister has the power to prepare the roll or that the effect of the "median proportion" determined by the Minister would be to alter the values entered on the roll by the assessor. As I understand it, the median proportion is intended as a measure of the level of the roll; it is not a factor for correcting the roll. Its purpose is to give the taxpayer a means of checking whether the value entered on the roll corresponds to the actual value of his immovable once the comparative factor has been applied. If it does not, the taxpayer may file a complaint with the B.R.E.F. (s. 124), which once the actual value of the immovable in question has been determined will have to take the median proportion into account (s. 147).

As mentioned earlier, s. 147 was amended in 1983 to expressly refer to the concept of a median proportion. The *Act to amend legislative provisions concerning municipalities*, which amended s. 147, at the same time also amended s. 42 without inserting the word "median" after the word "proportion", a step the legislator could have taken if he had intended such a result. This appears to be in harmony with the intent of the legislator in adopting s. 42 of the *Act*. If the B.R.E.F. applies the median proportion to the assessment of an immovable, it is under s. 147 and not s. 42 of the *Act*, which is now clear since the amendment to s. 147.

Additionally, all that s. 264 requires of an assessor is that he indicate on the roll both the median proportion and the comparative factor resulting from it. Once these particulars appear on the real estate tax account, as I have just noted, the taxpayer can easily calculate the actual value of his immovable and decide whether or not to file a complaint with the B.R.E.F. That was the intention of the legislator in adopting ss. 147 and 264 of

tion de l'obligation de l'évaluateur d'en tenir compte dans la confection du rôle. Bien au contraire, l'évaluateur doit, aux termes de cet article, indiquer à quelle proportion médiane correspondent les valeurs inscrites. Ceci implique nécessairement un *a posteriori* et non un *a priori*. De plus, cette proportion peut être établie par le ministre en cas de défaut de l'évaluateur. Personne ne pourrait prétendre que le ministre a le pouvoir de confectionner le rôle ou que la «proportion médiane» établie par le ministre aurait pour effet de modifier les valeurs inscrites au rôle par l'évaluateur. Comme je la conçois, la proportion médiane se veut une mesure du niveau du rôle; elle n'est pas un facteur de correction du rôle. Elle sert d'instrument au contribuable pour lui permettre de vérifier si la valeur inscrite au rôle correspond à la valeur réelle de son immeuble une fois le facteur comparatif appliqué. Sinon, le contribuable pourra loger une plainte auprès du B.R.E.F. (art. 124) qui, lui, une fois établie la valeur réelle de l'immeuble en question, devra tenir compte de la proportion médiane (art. 147).

Tel que mentionné précédemment, l'art. 147 fut modifié en 1983 afin de faire référence expressément au concept de proportion médiane. La *Loi modifiant des dispositions législatives concernant les municipalités*, qui modifiait l'art. 147, modifiait dans un même souffle l'art. 42 sans pour autant insérer le terme «médiane» à la suite du mot «proportion», ce que le législateur aurait pu faire s'il avait voulu ce résultat. Ceci semble s'harmoniser avec l'intention du législateur en adoptant l'art. 42 de la *Loi*. Si le B.R.E.F. applique la proportion médiane à l'évaluation d'un immeuble, c'est en vertu de l'art. 147 et non pas de l'art. 42 de la *Loi*, ce qui est maintenant clair depuis la modification apportée à l'art. 147.

Par ailleurs, tout ce que l'art. 264 requiert de l'évaluateur c'est qu'il indique au rôle et la proportion médiane et le facteur comparatif qui en découle. Ces informations figurant au compte de taxes foncières comme je l'ai déjà souligné, le contribuable est à même de calculer facilement la valeur réelle de son immeuble et de décider de porter ou non plainte devant le B.R.E.F. C'est là le but recherché par le législateur par l'adoption des

the *Act*, which is an innovation from the old *Act* in which the taxpayer had no means of checking the actual value of his immovable in relation to the value entered on the roll, and the B.R.E.F. had no way of taking into account the unequal treatment of one immovable as compared with another entered on the same roll, since the B.R.E.F. was only then required to determine the actual value of the immovable about which a complaint had been filed.

The Court of Appeal interpreted the transitional provision of s. 531 of the *Act* as requiring an assessor to take the "median proportion" into account in preparing the roll.

While it is true that under s. 531 of the *Act* "a roll must be amended" to "take account of the provisions of this [*Act*] that are applicable to it and that differ" from the *Real Estate Assessment Act*, the new *Act* must still create such a duty. In my opinion the *Act* does not require an assessor to take the "median proportion" into account in preparing the roll, but simply to indicate it on the roll, which was done here. The provisions that "are applicable to it and that differ" are contained in several sections of the *Act*. Section 174 of the *Act*, to which the second paragraph of s. 531 refers, mentions *inter alia* cases in which an amendment must be made to the roll. The *Act* also innovates in several ways: immovables entered on the roll are entered by units of assessment (s. 33), some immovables are no longer entered on the roll (ss. 63 *et seq.*), the roll must contain certain particulars (ss. 55 *et seq.*) and so on. Section 531 of the *Act* is directed at all these changes to ensure that rolls prepared under the old system will be in accordance with the new *Act*. Section 531 of the *Act* is concerned with the "median proportion" only to the extent that an assessor must indicate it in the roll with the comparative factor and forward this information to the Minister within the specified time (s. 264). Read in this way, s. 531 retains its full meaning.

Conclusion

Accordingly, I come to the conclusion that the M.U.C. assessor was not required under the *Act* to

art. 147 et 264 de la *Loi*, ce qui constitue une innovation par rapport à la *Loi* antérieure où le contribuable n'avait aucun moyen de vérifier la valeur réelle de son immeuble par rapport à la valeur inscrite au rôle et le B.R.E.F. aucune possibilité de tenir compte d'une inégalité de traitement d'un immeuble par rapport à un autre inscrit sur un même rôle, vu qu'il devait uniquement déterminer la valeur réelle de l'immeuble au sujet duquel une plainte avait été déposée.

La Cour d'appel interprète la disposition transitoire de l'art. 531 de la *Loi* comme obligeant l'évaluateur à tenir compte de la «proportion médiane» dans la confection du rôle.

S'il est exact que, selon l'art. 531 de la *Loi*, l'évaluateur a «le devoir de modifier le rôle d'office» pour «tenir compte des dispositions de la présente [*Loi*] qui lui sont applicables et qui diffèrent» de la *Loi sur l'évaluation foncière*, encore faut-il que la *Loi* nouvelle crée une telle obligation. Or, à mon avis, la *Loi* n'oblige pas l'évaluateur à tenir compte de la «proportion médiane» dans la confection du rôle mais uniquement de l'indiquer au rôle, obligation ici remplie. Ces dispositions qui «lui sont applicables et qui diffèrent» se retrouvent à plusieurs articles de la *Loi*. L'article 174 de la *Loi*, auquel réfère le deuxième alinéa de l'art. 531, fait état, entre autres, des cas où une modification doit être apportée au rôle. De plus, la *Loi* innove à plusieurs points de vue: les immeubles portés au rôle y sont inscrits par unités d'évaluation (art. 33), certains immeubles ne sont plus portés au rôle (art. 63 et suiv.), le rôle doit contenir certaines mentions (art. 55 et suiv.) et ainsi de suite. Ce sont toutes ces modifications que vise l'art. 531 de la *Loi* de façon à ce que le rôle confectionné sous l'ancien régime devienne conforme à la nouvelle *Loi*. L'article 531 de la *Loi* ne vise la «proportion médiane» que dans la mesure où l'évaluateur doit indiquer au rôle avec le facteur comparatif et communiquer ces informations au ministre dans le délai imparti (art. 264). Ainsi interprété, l'art. 531 conserve toute son utilité.

Conclusion

J'en viens donc à la conclusion que l'évaluateur de la C.U.M. n'avait pas, aux termes de la *Loi*, à

take the "median proportion" into account in preparing the M.U.C. real estate assessment roll for 1980. As he did not fail or decline to comply with the *Act* in respect of the value entered on the M.U.C. roll for 1980 for the Nortel immovable in the city of Lachine, the writ of mandamus cannot issue.

It is still possible, and I express no opinion on this point, that the real estate value of the Nortel immovable as entered on the M.U.C. roll for 1980 does not represent its actual value taking into account the comparative factor shown on the tax account. If that is so, Nortel had the opportunity to file a complaint with the B.R.E.F. as it did the previous year and did in subsequent years. The fact that it failed to do so in due course does not render admissible the remedy here sought.

In view of this conclusion, there is no need to discuss the other arguments submitted.

For these reasons, I would allow the appeal, reverse the judgment *a quo* and dismiss the application for mandamus, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Beaupré, Trudeau, Montréal.

Solicitors for the respondent: Pâquet, Galardo & Nantais, Montréal.

Solicitors for the mis en cause the city of Lachine: Viau, Hébert, Denault, Montréal.

tenir compte dans la confection du rôle d'évaluation foncière de la C.U.M. pour l'année 1980, de la «proportion médiane». Par voie de conséquence, n'ayant ni omis ni refusé de se conformer à la *Loi* en ce qui concerne la valeur inscrite au rôle de la C.U.M. pour l'année 1980 de l'immeuble de Nortel dans la cité de Lachine, le bref de *mandamus* ne saurait émaner.

S'il demeure possible, et je ne me prononce pas à cet égard, que la valeur foncière de l'immeuble de Nortel, telle qu'inscrite au rôle de la C.U.M. pour l'année 1980, ne représente pas sa valeur réelle si on tient compte du facteur comparatif inscrit au compte de taxe, Nortel pouvait porter plainte devant le B.R.E.F. comme elle l'avait d'ailleurs fait l'année précédente et l'a fait pour les années subséquentes. Le recours qu'elle a choisi d'intenter n'est pas pour autant recevable.

Vu cette conclusion, il n'y a pas lieu de discuter des autres moyens soulevés.

Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'infirmes le jugement *a quo* et je rejetterais la requête en *mandamus*, le tout avec dépens de toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Beaupré, Trudeau, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Pâquet, Galardo & Nantais, Montréal.

Procureurs de la mise en cause la cité de Lachine: Viau, Hébert, Denault, Montréal.

Leo Tyler Francis *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. v. FRANCIS

File No.: 19256.

1988: February 23; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Indians — Paramountcy — Highway traffic regulation on reserves — Conviction under provincial legislation for offence occurring on Indian reserve — Provincial legislation not inconsistent with federal regulations — Whether or not provincial legislation applicable — Motor Vehicle Act, R.S.N.B. 1973, c. M-17, s. 167(b) — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 73(1)(c), 88 — Indian Reserve Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 959, s. 6.

Indians — Reserves — Highway traffic regulation on reserves — Provincial legislation not inconsistent with federal regulations — Whether or not provincial legislation applicable.

Appellant, who was convicted under s. 167(b) of the New Brunswick *Motor Vehicle Act* for a traffic offence that occurred on an Indian reserve, raised the argument that he could only be charged and convicted under s. 6 of the *Indian Reserve Traffic Regulations*. Both the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal dismissed appellant's appeal from conviction. The constitutional questions stated by this Court queried: (1) whether s. 167(b) of the New Brunswick *Motor Vehicle Act* was constitutionally applicable to the regulation and control of the operation of motor vehicles on an Indian reserve, and if so, (2) whether s. 167(b) of the *Motor Vehicle Act* was in conflict with the *Indian Reserve*

* Estey J. took no part in the judgment.

Leo Tyler Francis *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. C. FRANCIS

N° du greffe: 19256.

c

1988: 23 février; 1988: 26 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

d

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

Droit constitutionnel — Indiens — Prépondérance — Réglementation de la circulation routière dans les réserves — Déclaration de culpabilité aux termes d'une loi provinciale pour une infraction survenant dans une réserve indienne — Compatibilité de la loi provinciale avec le règlement fédéral — La loi provinciale est-elle applicable? — Loi sur les véhicules à moteur, L.R.N.-B. 1973, chap. M-17, art. 167b) — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 73(1)c), 88 — Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes, C.R.C. 1978, chap. 959, art. 6.

Indiens — Réserves — Réglementation de la circulation routière dans les réserves — Compatibilité de la loi provinciale avec le règlement fédéral — La loi provinciale est-elle applicable?

L'appellant, qui a été déclaré coupable aux termes de l'al. 167b) de la *Loi sur les véhicules à moteur* du Nouveau-Brunswick pour avoir commis une infraction en matière de circulation dans une réserve indienne, a plaidé qu'il ne pouvait être accusé et déclaré coupable qu'en application de l'art. 6 du *Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes*. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont rejeté l'appel interjeté par l'appellant contre la déclaration de culpabilité. Les questions constitutionnelles énoncées par cette Cour sont de savoir: (1) si l'al. 167b) de la *Loi sur les véhicules à moteur* du Nouveau-Brunswick est constitutionnellement applicable à la réglementation et au con-

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

Traffic Regulations and therefore inoperative to the extent of the conflict.

Held: The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

In the absence of conflicting federal legislation, provincial motor vehicle laws of general application apply *ex proprio vigore* on Indian reserves. To hold otherwise would amount to resuscitating the "enclave" theory.

Section 6 of the *Indian Reserve Traffic Regulations* incorporates by reference or adopts provincial traffic regulations as federal laws. The provincial law, nevertheless, can operate in its own right for federal and provincial laws that merely duplicate one another but do not conflict can exist side by side. Neither the incorporation by reference nor the enactment of a separate penalty for breach of the federal regulations establish a sufficient intent on the part of the federal government that it wished to cover the field exclusively.

Cases Cited

Applied: *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; **overturned:** *R. v. Kenny* (1982), 20 Sask. R. 361, [1983] 1 W.W.R. 284 (Q.B.), *aff'd* (1983), 36 Sask. R. 280 (C.A.); **referred to:** *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *R. v. Twoyoungmen*, [1979] 5 W.W.R. 712; *R. v. Maloney* (1982), 51 N.S.R. (2d) 441; *R. v. Charlie and Joe*, [1985] 4 W.W.R. 472; *R. v. Johns* (1962), 133 C.C.C. 43; *R. v. Isaac* (1973), 14 C.C.C. (2d) 374; *R. v. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631, *aff'd* [1984] 1 S.C.R. 266.

Statutes and Regulations Cited

Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 73(1)(c), 88.
Indian Reserve Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 959, ss. 5, 6, 9.
Motor Vehicle Act, R.S.N.B. 1973, c. M-17, s. 167(b).

trôle de la conduite de véhicules à moteur sur une réserve indienne et, dans l'affirmative, (2) si l'al. 167b) de la *Loi sur les véhicules à moteur* entre en conflit avec le *Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes* et par conséquent est inopérant dans la mesure de ce conflit.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Il convient de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle et par la négative à la seconde.

En l'absence d'une mesure législative fédérale contraire, les lois provinciales d'application générale en matière de véhicules automobiles s'appliquent *ex proprio vigore* dans les réserves indiennes. Toute autre conclusion équivaudrait à ressusciter la théorie de l'«enclave».

L'article 6 du *Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes* incorpore par renvoi ou adopte les règlements provinciaux en matière de circulation à titre de lois fédérales. Néanmoins, une loi provinciale peut s'appliquer d'elle-même car les lois fédérales et provinciales qui font simplement double emploi mais qui n'entrent pas en conflit, peuvent exister de façon parallèle. Ni l'incorporation par renvoi ni l'adoption d'une peine distincte pour la violation des règlements fédéraux n'établissent une intention suffisante de la part du gouvernement fédéral qu'il désirait occuper le domaine de façon exclusive.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; **arrêt écarté:** *R. v. Kenny* (1982), 20 Sask. R. 361, [1983] 1 W.W.R. 284 (B.R.), *conf.* (1983), 36 Sask. R. 280 (C.A.); **arrêts mentionnés:** *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *R. v. Twoyoungmen*, [1979] 5 W.W.R. 712; *R. v. Maloney* (1982), 51 N.S.R. (2d) 441; *R. v. Charlie and Joe*, [1985] 4 W.W.R. 472; *R. v. Johns* (1962), 133 C.C.C. 43; *R. v. Isaac* (1973), 14 C.C.C. (2d) 374; *R. v. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631, *conf.* [1984] 1 R.C.S. 266.

Lois et règlements cités

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 73(1)c), 88.
Loi sur les véhicules à moteur, L.R.N.-B. 1973, chap. M-17, art. 167b).
Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes, C.R.C. 1978, chap. 959, art. 5, 6, 9.

Authors Cited

Laskin, Bora. "Occupying the Field; Paramountcy in Penal Legislation" (1963), 41 *Can. Bar Rev.* 234.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1985), 60 N.B.R. (2d) 70, 157 A.P.R. 70, 30 M.V.R. 235, dismissing an appeal from a judgment of Dickson J. (1984), 54 N.B.R. (2d) 234, 140 A.P.R. 234, dismissing an appeal from conviction found by Tomlinson Prov. Ct. J. Appeal dismissed. The first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

Bruce H. Wildsmith, Graydon Nicholas and John Wyatt, for the appellant.

Jeffrey Mockler, for the respondent.

René Morin and Denis Lemieux, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert E. Lutes, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Gillian P. Wallace, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Nolan D. Steed and Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This is an appeal from a decision of the Court of Appeal for New Brunswick in which it upheld the conviction of the appellant under s. 167(b) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17, for failing while driving a motor vehicle to yield the right-of-way when entering a highway from a driveway. Since the incident occurred on an Indian reserve, the appellant argues that he could only be charged and convicted under s. 6 of the *Indian Reserve Traffic Regulations*, C.R.C. 1978, c. 959. That provision was enacted pursuant to s. 73(1)(c) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, which empowers the Governor in Council to make regulations for the control of the speed, operation and parking of vehicles on

Doctrine citée

Laskin, Bora. «Occupying the Field; Paramountcy in Penal Legislation» (1963), 41 *R. du B. can.* 234.

a POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1985), 60 R.N.-B. (2^e) 70, 157 A.P.R. 70, 30 M.V.R. 235, qui a rejeté un appel contre le jugement du juge Dickson (1984), 54 R.N.-B. (2^e) 234, 140 A.P.R. 234, qui a rejeté un appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Tomlinson de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté. Il convient de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle et par la négative à la seconde.

Bruce H. Wildsmith, Graydon Nicholas et John Wyatt, pour l'appelant.

Jeffrey Mockler, pour l'intimée.

d *René Morin et Denis Lemieux*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

e *Robert E. Lutes*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Gillian P. Wallace, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

f *Nolan D. Steed et Robert J. Normey*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

g LE JUGE LA FOREST—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick qui a maintenu la déclaration de culpabilité de l'appelant aux termes de l'al. 167(b) de la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, chap. M-17, pour avoir omis, alors qu'il conduisait un véhicule automobile, de céder la priorité lorsqu'il s'est engagé sur une route en arrivant d'une allée privée. Comme l'incident est survenu dans une réserve indienne, l'appelant soutient qu'il peut seulement être accusé et déclaré coupable en application de l'art. 6 du *Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes*, C.R.C. 1978, chap. 959. Cette disposition a été adoptée aux termes de l'al. 73(1)c) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, qui permet au gouverneur en conseil d'établir des règlements concernant le

roads within reserves. Section 6 of the regulations reads as follows:

6. The driver of any vehicle shall comply with all laws and regulations relating to motor vehicles, which are in force from time to time in the province in which the Indian reserve is situated, except such laws or regulations as are inconsistent with these Regulations.

On June 18, 1985, Chief Justice Dickson set the following constitutional questions to be determined on this appeal:

1. Is section 167(b) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17 constitutionally applicable to the regulation and control of the operation of motor vehicles on an Indian Reserve?
2. If so, is s. 167(b) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17 in conflict with the *Indian Reserve Traffic Regulations*, C.R.C. 1978, c. 959 passed pursuant to the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6 and therefore inoperative to the extent of the conflict?

The Attorneys General of Quebec, Nova Scotia, British Columbia and Alberta intervened. The Attorney General of Canada was not represented, no doubt because the essential issue involves the application of provincial law.

I shall begin by saying that, in the absence of conflicting federal legislation, provincial motor vehicle laws of general application apply *ex proprio vigore* on Indian reserves. To hold otherwise would amount to resuscitating the "enclave" theory which was rejected by a majority of this Court in *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; see also *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031. In *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, this Court held that general provincial legislation relating to hunting applies on reserves, a matter which is obviously far more closely related to the Indian way of life than driving motor vehicles. Indeed Beetz J., speaking for the Court in *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, at p. 326, expressly stated that provin-

contrôle de la vitesse, de la conduite et du stationnement des véhicules sur les routes des réserves. Voici le texte de l'art. 6 du règlement:

6. Le conducteur de tout véhicule doit se conformer aux lois et règlements (relativement aux voitures automobiles) édictés de temps à autre par la province où est située la réserve indienne, sauf lorsque ces lois ou règlements sont incompatibles avec le présent règlement.

Le 18 juin 1985, le juge en chef Dickson a énoncé les questions constitutionnelles suivantes qui font l'objet du présent pourvoi:

1. L'alinéa 167b) de la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, chap. M-17 est-il constitutionnellement applicable à la réglementation et au contrôle de la conduite de véhicules à moteur dans une réserve indienne?
2. Dans l'affirmative, l'al. 167b) de la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, chap. M-17, entret-il en conflit avec le *Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes*, C.R.C. 1978, chap. 959, adopté en vertu de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6 et est donc inopérant dans la mesure de ce conflit?

Les procureurs généraux du Québec, de la Nouvelle-Écosse, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta sont intervenus. Le procureur général du Canada n'était pas représenté, sans doute parce que la question principale porte sur l'application du droit provincial.

Je dirai tout d'abord que, en l'absence d'une mesure législative fédérale contraire, les lois provinciales d'application générale en matière de véhicules automobiles s'appliquent *ex proprio vigore* dans les réserves indiennes. Toute autre conclusion équivaudrait à ressusciter la théorie de l'«enclave» qui a été rejetée par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; voir également *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031. Dans l'arrêt *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, cette Cour a conclu que la législation provinciale générale en matière de chasse s'applique dans les réserves; or c'est un sujet manifestement beaucoup plus proche du mode de vie des Indiens que la conduite des véhicules automobiles. En fait, le juge Beetz au

cial traffic legislation applies to Indians without touching their Indianness.

The question remaining then is whether, under the doctrine of paramountcy, the provincial law is inoperative because it is inconsistent with the *Indian Reserve Traffic Regulations*; see *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161. Section 6 of the regulations is the main area of contention, but before going further, it should be noted that in the courts below, the appellant contended that s. 5 deals expressly with driving at intersections. That section provides that "a person in charge of any vehicle . . . shall keep the vehicle in such control when approaching a[n] . . . intersection . . . as will enable him to prevent a collision with, or damage to, all other persons and vehicles". Here the appellant had collided with another vehicle on the highway. However, the courts below found, rightly in my opinion, no inconsistency between s. 5 of the regulations and s. 167(b) of the *Motor Vehicle Act*, and the appellant did not appeal this finding.

The Court of Appeal disposed of any alleged conflict between s. 6 of the regulations and s. 167(b) of the *Motor Vehicle Act* by holding that s. 6 did not incorporate the latter provision by reference but was merely of a declaratory nature, being intended simply to define "the obligation of obedience that Indians and non-Indians alike owe to provincial legislation while on reserves": following *R. v. Twoyoungmen*, [1979] 5 W.W.R. 712, at p. 721 (Alta. C.A.); see also *R. v. Maloney* (1982), 51 N.S.R. (2d) 441, at p. 445 (N.S.C.A.), and *R. v. Charlie and Joe*, [1985] 4 W.W.R. 472 (B.C.C.A.) This view, as counsel for the Attorney General for Alberta noted, may be buttressed by the fact that s. 6 is expressed in such a way as to be capable of being read as extending beyond the

nom de la Cour dans l'arrêt *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, à la p. 326, a dit expressément que les lois provinciales régissant la circulation routière s'appliquent aux Indiens sans qu'il soit porté atteinte à leur quiddité indienne.

La question qui reste alors à trancher est de savoir si, en vertu de la doctrine de la prépondérance, le droit provincial est sans effet parce qu'il est incompatible avec le *Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes*; voir l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. Le litige porte principalement sur l'art. 6 du règlement mais, avant d'aller plus loin, il convient de souligner que, devant les tribunaux d'instance inférieure, l'appelant a soutenu que l'art. 5 traite expressément de la conduite aux croisées de chemins. Cet article prévoit qu'une «personne ayant sous sa responsabilité un véhicule [...] doit maintenir ce véhicule sous sa maîtrise lorsqu'elle s'approche d'une croisée de chemins [...] de façon à pouvoir prévenir la collision avec d'autres personnes et d'autres véhicules, ou de façon à ne pas blesser ces personnes ni endommager ces véhicules». En l'espèce, l'appelant est entré en collision avec un autre véhicule sur la route. Toutefois, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, à bon droit selon moi, qu'il n'y avait aucune incompatibilité entre l'art. 5 du règlement et l'al. 167b) de la *Loi sur les véhicules à moteur*, et l'appelant n'a pas interjeté appel contre cette conclusion.

La Cour d'appel a réglé tout conflit potentiel entre l'art. 6 du règlement et l'al. 167b) de la *Loi sur les véhicules à moteur* en concluant que l'art. 6 n'incorporait pas cette dernière disposition par renvoi, mais était simplement de nature déclaratoire, destiné seulement à définir [TRADUCTION] «l'obligation de respect que les Indiens de même que les non-Indiens ont envers la législation provinciale lorsqu'ils se trouvent dans les réserves»: suivant *R. v. Twoyoungmen*, [1979] 5 W.W.R. 712, à la p. 721 (C.A. Alb.); voir également *R. v. Maloney* (1982), 51 N.S.R. (2d) 441, à la p. 445 (C.A.N.-É.) et *R. v. Charlie and Joe*, [1985] 4 W.W.R. 472 (C.A.C.-B.) Cette opinion, comme l'avocat du procureur général de l'Alberta l'a fait remarquer, peut être étayée par le fait que le texte

matters mentioned in the empowering provision. Section 73(1)(c) of the *Indian Act* provides for the enactment of regulations respecting the "speed, operation and parking of vehicles"; s. 6 refers to "all laws and regulations relating to motor vehicles".

The foregoing argument, however, is by no means determinative. Section 6 must be construed in terms of its empowering statute. One may also wonder why the federal government would engage in the idle exercise of simply enjoining people to comply with provincial laws; see *Dick v. The Queen, supra*. The reason for the enactment of s. 6 and similar federal regulations in related fields, for example national parks, appears to be that at the time of their original enactment, the prevailing judicial view of the extent to which the provinces could enact legislation affecting federal public property and Indian lands was more limited than it is today. Because of this and the then prevalent wider view of federal paramountcy, it was natural to think it was necessary to enact such measures with a view to incorporating or adopting provincial laws. It is also possible that the federal government wanted to have the option of having traffic rules on Indian reserves enforced by either federal or provincial officials. These considerations have led me to the view that s. 6 incorporates by reference or adopts provincial traffic regulations as federal laws. Several other courts have arrived at the same conclusion; see *R. v. Johns* (1962), 133 C.C.C. 43 (Sask. C.A.), and *R. v. Isaac* (1973), 14 C.C.C. (2d) 374 (Ont. C.A.)

In considering the interpretation of s. 6, counsel made reference, as had the courts below, to s. 88 of the *Indian Act*, which bears some resemblance to s. 6 of the regulations in issue here. Section 88 provides that all provincial laws of general application are applicable to Indians. Counsel on all sides rightly conceded that this provision had no direct bearing on this case. In *Dick v. The Queen, supra*,

de l'art. 6 est rédigé de manière qu'on puisse l'interpréter comme s'appliquant à d'autres objets que ceux visés dans la disposition habilitante. L'alinéa 73(1)c) de la *Loi sur les Indiens* prévoit l'adoption d'un règlement concernant «la vitesse, [...] la conduite et [le] stationnement des véhicules»; l'art. 6 mentionne les «lois et règlements (relativement aux voitures automobiles)».

Toutefois, l'argument qui précède n'est nullement concluant. L'article 6 doit être interprété selon les termes de sa loi habilitante. On peut également se demander pour quelle raison le gouvernement fédéral se livrerait au vain exercice de simplement enjoindre aux gens de se conformer aux lois provinciales; voir *Dick c. La Reine*, précité. Il semble bien que l'adoption de l'art. 6 et de règlements fédéraux semblables dans des domaines connexes, par exemple les parcs nationaux, s'explique parce qu'au moment de leur adoption les tribunaux considéraient pour la plupart que la mesure dans laquelle les provinces pouvaient légiférer relativement au domaine public fédéral et aux terres des Indiens était plus limitée qu'elle ne l'est aujourd'hui. De ce fait et vu l'interprétation plus large de la prépondérance fédérale qui prévalait alors, il était naturel de penser qu'il était nécessaire d'adopter de telles mesures pour incorporer ou adopter des lois provinciales. Il est aussi possible que le gouvernement fédéral ait voulu que les règles de la circulation routière dans les réserves indiennes puissent être appliquées par des policiers fédéraux ou provinciaux. Ces considérations m'ont amené à considérer que l'art. 6 incorpore par renvoi ou adopte les règlements provinciaux sur la circulation à titre de lois fédérales. Plusieurs autres tribunaux sont arrivés à la même conclusion; voir *R. v. Johns* (1962), 133 C.C.C. 43 (C.A. Sask.), et *R. v. Isaac* (1973), 14 C.C.C. (2d) 374 (C.A. Ont.)

En examinant l'interprétation de l'art. 6, les avocats se sont référés, comme l'ont fait les tribunaux d'instance inférieure, à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui offre une certaine ressemblance avec l'art. 6 du règlement en cause en l'espèce. L'article 88 prévoit que toutes les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens. Les avocats de toutes les parties ont concédé avec

this Court held that s. 88 served to incorporate only those provincial laws that did not extend to Indians *ex proprio vigore*. In particular, Beetz J. expressly referred to traffic regulations as laws that applied to Indian reserves *ex proprio vigore* and as such not falling within the types of provincial laws extended to Indians by s. 88. Obviously, the reasoning in *Dick* does not apply to s. 6 since it is directly aimed at traffic regulations on Indian reserves.

The fact that a provincial law may be incorporated by reference as a federal law does not prevent the provincial law from operating in its own right. Since the *Multiple Access* case, *supra*, it is clear that federal and provincial laws that merely duplicate one another but do not conflict can exist side by side. A person may be charged with violating the provincial statute or the federal regulation; see *R. v. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631, *aff'd* [1984] 1 S.C.R. 266. To the extent that cases like *R. v. Kenny* (1982), 20 Sask. R. 361, [1983] 1 W.W.R. 284 (Q.B.), *aff'd* (1983), 36 Sask. R. 280 (C.A.), conflict with this, they must be deemed to be overruled.

The mere fact that the federal government has adopted the provincial traffic laws does not, in my view, display a sufficient intent that it wished to cover the field exclusively. As Professor Laskin, later Chief Justice, observed in "Occupying the Field; Paramountcy in Penal Legislation" (1963), 41 *Can. Bar Rev.* 234, at p. 263, "It may be the better part of wisdom . . . to require the federal Parliament to speak clearly if it seeks, as it constitutionally can demand, paramountcy for its policies"; applied in *R. v. Chiasson*, *supra*, at p. 641. Nor does the fact that there is a separate penalty for breach of the federal regulations clearly establish such an intention. That argument, I may say, can only have weight if *R. v. Johns*, *supra*, is correct in holding that only the provincial regulations and not the penalties for their infraction are imported into the federal regulations. It is possible,

raison que cet article n'a pas d'effet direct en l'espèce. Dans l'arrêt *Dick c. La Reine*, précité, cette Cour a jugé que l'art. 88 servait seulement à incorporer les lois provinciales qui ne s'appliquaient pas aux Indiens *ex proprio vigore*. En particulier, le juge Beetz y mentionne expressément les règlements sur la circulation routière en tant que législation qui s'applique aux réserves indiennes *ex proprio vigore* et qu'à ce titre ils ne relèvent pas des types de lois provinciales étendues aux Indiens par l'art. 88. Il est clair que le raisonnement de l'arrêt *Dick* ne s'applique pas à l'art. 6 puisqu'il vise directement la réglementation de la circulation routière dans les réserves indiennes.

Le fait qu'une loi provinciale puisse être incorporée par renvoi à titre de loi fédérale ne l'empêche pas de s'appliquer d'elle-même. Depuis l'arrêt *Multiple Access*, précité, il est clair que les lois fédérales et provinciales qui font simplement double emploi, mais qui n'entrent pas en conflit, peuvent exister de façon parallèle. Une personne peut être inculpée d'avoir enfreint la loi provinciale ou le règlement fédéral; voir *R. v. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631, *conf.* [1984] 1 R.C.S. 266. Dans la mesure où des décisions comme *R. v. Kenny* (1982), 20 Sask. R. 361, [1983] 1 W.W.R. 284 (B.R.), *conf.* (1983), 36 Sask. R. 280 (C.A.) entrent en conflit avec cet arrêt, on doit les considérer comme renversées.

Le simple fait que le gouvernement fédéral ait adopté les lois provinciales sur la circulation n'exprime pas, à mon avis, une intention suffisante qu'il désirait occuper le domaine de façon exclusive. Comme le professeur Laskin, plus tard Juge en chef, l'a fait remarquer dans «Occupying the Field; Paramountcy in Penal Legislation» (1963), 41 *R. du B. can.* 234, à la p. 263, [TRADUCTION] «il serait plus sage [. . .] d'exiger que le Parlement fédéral s'exprime clairement s'il cherche à obtenir, comme il peut constitutionnellement l'exiger, la prépondérance pour ses politiques»; appliqué dans *R. v. Chiasson*, précité, à la p. 641. Le fait qu'il existe une peine distincte pour la violation des règlements fédéraux n'établit pas clairement une telle intention. Cet argument, si je puis m'exprimer ainsi, ne peut avoir de force que si l'arrêt *R. v. Johns*, précité, a conclu à bon droit que seuls les

however, that the penalty section (s. 9) was intended to be confined to provisions other than the provincial laws, which carry their own penalty. That issue was not really addressed in argument and I need not pronounce on it. For, assuming that s. 9 applies to provincial laws incorporated by s. 6, it must be remembered that s. 6 incorporates laws throughout Canada which, though similar in many respects, carry different penalties from province to province. The federal authorities appear to have preferred to have a single penalty applicable to Indian reserves throughout Canada when they enforce the provincial laws adopted in the regulations.

I would dismiss the appeal and answer the first constitutional question in the affirmative and the second in the negative.

Appeal dismissed. The first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

Solicitor for the appellant: Graydon Nicholas, Fredericton.

Solicitor for the respondent: Jeffrey Mockler, Woodstock.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: René Morin and Denis Lemieux, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Robert E. Lutes, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Gillian P. Wallace, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: Nolan D. Steed and Robert J. Normey, Edmonton.

règlements provinciaux et non les peines pour leur violation sont incorporés dans les règlements fédéraux. Toutefois, il est possible qu'on ait voulu que l'article prévoyant une peine (art. 9) soit limité aux dispositions autres que les lois provinciales qui prévoient leur propre peine. Cette question n'a pas vraiment été examinée dans les plaidoiries et je n'ai pas à me prononcer à son égard. Car, si l'on présume que l'art. 9 s'applique aux lois provinciales incorporées par l'art. 6, il faut se rappeler que cet article incorpore des lois dans tout le Canada qui, bien qu'elles soient semblables à plusieurs égards, prévoient des peines différentes d'une province à l'autre. Les autorités fédérales paraissent avoir préféré qu'une seule peine soit applicable aux réserves indiennes dans tout le Canada lorsqu'elles appliquent les lois provinciales adoptées dans les règlements.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle et par la négative à la seconde.

Pourvoi rejeté. Il convient de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle et par la négative à la seconde.

Procureur de l'appelant: Graydon Nicholas, Fredericton.

Procureur de l'intimée: Jeffrey Mockler, Woodstock.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: René Morin et Denis Lemieux, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Robert E. Lutes, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Gillian P. Wallace, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Nolan D. Steed et Robert J. Normey, Edmonton.

Antoine Thibault *Appellant*

v.

Corporation professionnelle des médecins du Québec *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec and the Attorney General of Canada *Interveners*

INDEXED AS: CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC v. THIBAUT

File No.: 19423.

1988: February 25; 1988: May 26.

Present: Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Dismissal of complaint for illegal practice of medicine — Appeal by way of trial de novo from acquittal — Whether appeal by way of trial de novo mentioned in ss. 75 and 78 of Summary Convictions Act infringes s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement saved by s. 1 of Charter — Meaning of phrase “finally acquitted”.

Constitutional law — Charter of Rights — Scope — Double jeopardy — Appeal by way of trial de novo from acquittal — Appeal dismissed before Canadian Charter of Rights and Freedoms came into effect — Charter in effect at time plea of autrefois acquit raised — Whether accused can claim protection of s. 11(h) of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Scope — Exception by express provision — Expiry of five-year period after exception clause came into effect — Exception clause not applicable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, s. 132.

Appeal — Appeal by way of trial de novo — Whether appeal by way of trial de novo inconsistent with s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, ss. 75, 78.

* Estey J. took no part in the judgment.

Antoine Thibault *Appelant*

c.

Corporation professionnelle des médecins du Québec *Intimée*

et

Le procureur général du Québec et le procureur général du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC c. THIBAUT

N° du greffe: 19423.

c 1988: 25 février; 1988: 26 mai.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Rejet d'une plainte pour pratique illégale de la médecine — Appel par voie de procès de novo de l'acquittal — L'appel par voie de procès de novo prévu aux art. 75 et 78 de la Loi sur les poursuites sommaires viole-t-il l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés — Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Sens de l'expression «définitivement acquitté».

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Double péril — Appel par voie de procès de novo d'un acquittal — Appel interjeté avant l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés — Charte en vigueur au moment où le plaidoyer d'autrefois acquit est soulevé — Le prévenu peut-il réclamer la protection de l'art. 11h) de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Expiration de la période de cinq ans après l'entrée en vigueur de la clause dérogatoire — Clause dérogatoire sans effet — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15, art. 132.

Appel — Appel par voie de procès de novo — L'appel par voie de procès de novo d'un acquittal est-il incompatible avec l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15, art. 75, 78.

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

The Court of Sessions of the Peace dismissed a complaint of unlawfully practising medicine filed against appellant by respondent. In March 1981, respondent appealed from this acquittal to the Superior Court pursuant to s. 75 of the *Summary Convictions Act*, which confers a right of appeal by trial *de novo*. Appellant filed a motion to dismiss, alleging that s. 75 does not authorize the prosecutor to appeal from an acquittal. The Court dismissed this motion and the Court of Appeal denied leave to appeal this interlocutory judgment. When the hearing resumed before a new judge in February 1983, appellant filed a new motion to dismiss based on the same grounds. The Court dismissed the motion, but also accidentally dismissed respondent's appeal without proceeding to hear the case. In May 1985, the Court of Appeal allowed respondent's appeal and referred the matter back to the Superior Court for a trial *de novo* to be held. In this Court, appellant argued for the first time that ss. 75 and 78 of the Act were inconsistent with s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The *Charter* was adopted on April 17, 1982, after the first hearing of the trial *de novo*, and until April 17, 1987, s. 132 of the *Summary Convictions Act* removed this Act from the scope of ss. 2 and 7 to 15 of the *Charter*. The issue in this appeal is thus (1) whether s. 75 of the Act allows the prosecutor to appeal by way of trial *de novo* from the acquittal of an accused; (2) whether the appeal by trial *de novo*, provided for in ss. 75 and 78 of the Act, contravenes the rights guaranteed by s. 11(h) of the *Charter*, which provides that "Any person charged with an offence has the right . . . if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again . . ."; and (3) whether s. 132 of the Act is inconsistent with s. 33 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed.

Section 75 of the *Summary Convictions Act* confers on the prosecutor a right to appeal from an acquittal by way of trial *de novo*. This section applies only to this type of appeal and not to appeals by stated case.

Section 75 of the Act is in part inconsistent with s. 11(h) of the *Charter*. The appeal by trial *de novo* mentioned in ss. 75 and 78 of the *Summary Convictions Act* is not a true appeal but a new trial disguised as an appeal. The appeal is automatic and the prosecutor does not have to allege errors committed by the justice. The trial *de novo* can raise questions of law as well as questions of fact. At the hearing, the parties can also present their evidence over again and even add to it in the event of any deficiency. There can thus be a second

La Cour des sessions de la paix a rejeté la plainte de pratique illégale de la médecine déposée contre l'appellant par l'intimée. En mars 1981, l'intimée a interjeté appel de cet acquittement devant la Cour supérieure en vertu de l'art. 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires* qui prévoit le droit d'appel par procès *de novo*. L'appellant a présenté une requête en irrecevabilité, alléguant que l'art. 75 n'autorise pas le poursuivant à en appeler d'un acquittement. La cour a rejeté cette requête et la Cour d'appel a refusé la permission d'appeler de ce jugement interlocutoire. Lors de la reprise de l'audition devant un nouveau juge en février 1983, l'appellant a présenté une nouvelle requête en irrecevabilité fondée sur les mêmes motifs. La cour a rejeté la requête, mais elle a également rejeté par inadvertance l'appel de l'intimée sans avoir procédé à l'audition de la cause. En mai 1985, la Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimée et a ordonné le renvoi du dossier en Cour supérieure pour que le procès *de novo* soit tenu. Devant cette Cour, l'appellant a soulevé pour la première fois l'incompatibilité des art. 75 et 78 de la Loi avec l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La *Charte* a été adoptée le 17 avril 1982, soit après la première audition du procès *de novo*, et, jusqu'au 17 avril 1987, l'art. 132 de la *Loi sur les poursuites sommaires* soustrayait cette loi à l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*. Le présent pourvoi vise donc à déterminer (1) si l'art. 75 de la Loi permet au poursuivant d'interjeter appel par voie de procès *de novo* de l'acquittement prononcé en faveur d'un prévenu; (2) si l'appel par procès *de novo*, prévu aux art. 75 et 78 de la Loi, contrevient aux droits garantis par l'al. 11h) de la *Charte* qui prévoit que «Tout inculpé a le droit [. . .] de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté . . .»; et (3) si l'art. 132 de la Loi est incompatible avec l'art. 33 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'article 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires* confère au poursuivant le droit d'interjeter appel d'un acquittement par voie de procès *de novo*. Cet article s'applique exclusivement à ce type d'appel et ne vise pas les appels par voie d'exposé de cause.

L'article 75 de la Loi est en partie incompatible avec l'al. 11h) de la *Charte*. L'appel par procès *de novo* prévu aux art. 75 et 78 de la *Loi sur les poursuites sommaires* ne constitue pas un véritable appel mais plutôt un nouveau procès déguisé sous forme d'appel. L'appel a lieu de plein droit et le poursuivant n'est pas tenu d'alléguer les erreurs commises par le juge de paix. Le procès *de novo* peut porter tant sur des questions de droit que sur des questions de fait. À l'audition, les parties peuvent également refaire leur preuve ou y sup-

trial even if the trial judgment was rendered in accordance with all the rules of law. This is precisely the type of abuse that s. 11(h) seeks to prevent. This paragraph guarantees the accused the right to plead *autrefois acquit* if the prosecution attempts to have him tried again for an offence of which he has been acquitted. Section 75 of the Act bars an accused from raising this argument by authorizing the prosecution to repeat the trial as part of the appeal proceedings. Section 75 is therefore inconsistent with the rights secured by s. 11(h) of the *Charter* to the extent that it allows a prosecutor or complainant to appeal by way of trial *de novo* from the acquittal of an accused. An accused who is acquitted by a judgment which contains no error is "finally acquitted" within the meaning of s. 11(h). However, the accused retains the right to appeal his conviction by trial *de novo*, presenting his evidence over again in the Superior Court. Section 78 is thus valid in its entirety, as it goes without saying that if an accused has the right to present evidence, the prosecutor may also use this right in an appeal brought by the accused.

It is for the party arguing for the validity of a rule of law under s. 1 to establish that it is a reasonable limit which can be demonstrably justified in a free and democratic society. As such evidence was not presented, s. 75 of the Act is found to be of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, as regards a right of appeal by the prosecutor or complainant.

Since April 17, 1982 all accused persons have acquired a right not to be tried again for an offence of which they have been finally acquitted. The protection conferred by this right is related not to the time the offence was committed or the acquittal entered, but to the time at which an attempt is made to re-try the accused. In the case at bar, even though the *Charter* was not in effect at the time the proceedings began, it applies at the time this Court has to decide whether it should order the holding of a trial which will be an infringement of appellant's rights. It is apparent that such an order cannot be made.

Under section 33(3) of the *Charter*, s. 132 of the *Summary Convictions Act*, designed to remove this Act from the scope of ss. 2 and 7 to 15 of the *Charter*, ceased to have effect on April 17, 1987, five years after it came into effect. In light of the foregoing observations on the time at which the right conferred by s. 11(h) of the *Charter* applies, therefore, it is not necessary to rule

pléer en cas d'insuffisance. Il peut donc y avoir un deuxième procès même si le jugement de première instance a été rendu en conformité avec toutes les règles de droit. Or, c'est précisément ce genre d'abus que l'al. 11h) cherche à prévenir. Cet alinéa garantit au prévenu le droit de plaider *autrefois acquit* si l'État tente de le faire juger de nouveau pour une infraction dont il a été acquitté. L'article 75 de la Loi interdit à un prévenu de soulever ce plaidoyer en autorisant le poursuivant à refaire le procès dans le cadre des procédures d'appel. En conséquence, l'art. 75 est incompatible avec les droits garantis à l'al. 11h) de la *Charte* dans la mesure où il permet au poursuivant ou au plaignant d'interjeter appel par voie de procès *de novo* de l'acquiescement prononcé en faveur d'un prévenu. Un prévenu qui est acquitté par un jugement ne comportant aucune erreur est «définitivement acquitté» au sens de l'al. 11h). Le prévenu conserve toutefois le droit d'appeler de sa condamnation par procès *de novo*, en refaisant sa preuve devant la Cour supérieure. Ainsi, l'article 78 doit demeurer intégralement valide, car il va de soi que si le prévenu bénéficie du droit de présenter des éléments de preuve, le poursuivant peut également se prévaloir de ce droit dans le cadre de l'appel interjeté par le prévenu.

Il incombe à la partie qui soutient la validité d'une règle de droit sous l'empire de l'article premier d'établir qu'elle constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Puisque cette preuve n'a pas été faite, l'art. 75 de la Loi est déclaré inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en ce qui a trait au droit d'appel du poursuivant ou du plaignant.

Depuis le 17 avril 1982, tous les inculpés ont acquis le droit de ne pas être jugés de nouveau pour une infraction dont ils ont été définitivement acquittés. La protection que confère ce droit ne se rapporte pas au moment où l'infraction est commise ou l'acquiescement prononcé, mais au moment où l'on tente d'astreindre le prévenu à être jugé de nouveau. En l'espèce, même si la *Charte* n'était pas en vigueur au moment où les procédures ont débuté, elle s'applique au moment où il s'agit de déterminer si cette Cour doit ordonner la tenue d'un procès qui constitue une violation des droits de l'appelant. Il est évident qu'une telle ordonnance ne peut être rendue.

Vu le paragraphe 33(3) de la *Charte*, l'art. 132 de la *Loi sur les poursuites sommaires*, qui vise à soustraire cette loi à l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*, a cessé d'avoir effet le 17 avril 1987, soit cinq ans après son entrée en vigueur. Compte tenu des remarques qui précèdent sur le moment auquel le droit prévu à l'al. 11h) de la *Charte* s'applique, il n'est donc pas nécessaire

on the validity of the exception clause, since it is no longer in effect at the present time.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Jordan* (1971), 1 C.C.C. (2d) 385; *R. v. McCaugherty*, [1971] 2 W.W.R. 579; **not followed:** *Dupont c. Rheault*, [1987] R.J.Q. 1121; **referred to:** *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Charter of human rights and freedoms, S.Q. 1982, c. 61, s. 34.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7 to 15, 33.
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 1, 23 [am. 1982, c. 17, s. 42], 33, 37.1 [ad. 1982, c. 61, s. 14].
Constitution Act, 1982, s. 52.
Medical Act, S.Q. 1973, c. 46 [now R.S.Q. 1977, c. M-9].
Summary Convictions Act, R.S.Q. 1977, c. P-15, ss. 75, 78, 90, 132 [ad. 1982, c. 21, s. 1].

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec¹, allowing respondent's appeal from a judgment of the Superior Court², which dismissed an appeal by way of trial *de novo* against appellant's acquittal on a complaint filed by respondent for illegally practising medicine. Appeal allowed.

Guy Bertrand and Isabelle Hudon, for the appellant.

Pierre Laurin and Pierre Lachance, for the respondent.

Paul Monty and Lyne Morais, for the intervener the Attorney General of Quebec.

André Bluteau and René Leblanc, for the Attorney General of Canada.

¹ Que. C.A., No. 200-10-000034-830, May 7, 1985.

² Sup. Ct. Montmagny, No. 300-36-000008-80, March 23, 1983.

de statuer sur la validité de la clause dérogatoire, puisqu'elle n'a plus aucun effet à l'heure actuelle.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *R. v. Jordan* (1971), 1 C.C.C. (2d) 385; *R. v. McCaugherty*, [1971] 2 W.W.R. 579; **arrêt non suivi:** *Dupont c. Rheault*, [1987] R.J.Q. 1121; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7 à 15, 33.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 1, 23 [mod. 1982, chap. 17, art. 42], 33, 37.1 [aj. 1982, chap. 61, art. 14].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi médicale, L.Q. 1973, chap. 46 [maintenant L.R.Q. 1977, chap. M-9].
Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, chap. 61, art. 34.
Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q. 1977, chap. P-15, art. 75, 78, 90, 132 [aj. 1982, chap. 21, art. 1].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹, qui a accueilli l'appel de l'intimée à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure², qui avait rejeté un appel par voie de procès *de novo* à l'encontre de l'acquittal de l'appellant relativement à une plainte déposée par l'intimée pour pratique illégale de la médecine. Pourvoi accueilli.

Guy Bertrand et Isabelle Hudon, pour l'appellant.

Pierre Laurin et Pierre Lachance, pour l'intimée.

Paul Monty et Lyne Morais, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

André Bluteau et René Leblanc, pour le procureur général du Canada.

¹ C.A. Qué., n° 200-10-000034-830, le 7 mai 1985.

² C.S. Montmagny, n° 300-36-000008-80, le 23 mars 1983.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—This appeal turns primarily on the question of whether an appeal by trial *de novo*, provided for in s. 75 of the *Summary Convictions Act*, R.S.Q., c. P-15, which authorizes the parties to adduce their evidence over again, and even correct deficiencies therein, contravenes the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereinafter the *Canadian Charter*).

Facts and Judgments

On February 14, 1980, respondent filed against appellant a complaint containing four counts of unlawfully practising medicine contrary to the *Medical Act*, S.Q. 1973, c. 46. This complaint was dismissed by the Court of Sessions of the Peace on November 3, 1980, for lack of evidence identifying the accused.

Respondent appealed from this acquittal to the Superior Court pursuant to s. 75 of the *Summary Convictions Act*, which confers a right of appeal by trial *de novo*. At the start of the hearing appellant filed a motion to dismiss, alleging that s. 75 does not authorize the prosecutor to appeal from an acquittal. On June 8, 1981, Bédard J. of the Superior Court dismissed this motion; on June 29 following, the Court of Appeal denied leave to appeal this interlocutory judgment.

As Bédard J. had meanwhile retired, the hearing of the trial *de novo* resumed on February 9, 1983 before Doiron J. of the Superior Court. Appellant again submitted a motion to dismiss based on the same grounds. On March 23, 1983, Doiron J. held that in his opinion s. 75 does not allow an appeal from an acquittal; however, he said he could not reverse the Bédard J.'s decision to the contrary on this point because he was not sitting in appeal from that decision. He accordingly concluded that the motion had to be dismissed, but at the same time dismissed respondent's appeal without proceeding to hear the case. Respondent, alleging that this was manifestly a clerical error, asked him to correct his judgment, but Doiron J. said he lacked

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si l'appel par procès *de novo*, prévu à l'art. 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., chap. P-15, qui permet aux parties de refaire toute leur preuve, et même d'en combler les lacunes, contrevient aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la *Charte canadienne*).

Les faits et les jugements

Le 14 février 1980, l'intimée dépose contre l'appelant une plainte comportant quatre chefs d'accusation de pratique illégale de la médecine, contrairement à la *Loi médicale*, L.Q. 1973, chap. 46. Cette plainte est rejetée par la Cour des sessions de la paix le 3 novembre 1980, faute de preuve d'identification du prévenu.

L'intimée interjette appel de cet acquittement devant la Cour supérieure en vertu de l'art. 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires*, qui prévoit le droit d'appel par procès *de novo*. Au début de l'audition, l'appelant présente une requête en irrecevabilité, alléguant que l'art. 75 n'autorise pas le poursuivant à en appeler d'un acquittement. Le 8 juin 1981, le juge Bédard de la Cour supérieure rejette cette requête; le 29 juin suivant, la Cour d'appel refuse la permission d'appeler de ce jugement interlocutoire.

Le juge Bédard ayant dans l'intervalle pris sa retraite, l'audition du procès *de novo* reprend le 9 février 1983 devant le juge Doiron de la Cour supérieure. L'appelant présente de nouveau une requête en irrecevabilité fondée sur les mêmes motifs. Le 23 mars 1983, le juge Doiron se dit d'avis que l'art. 75 ne permet pas l'appel d'un acquittement; toutefois, il déclare ne pouvoir infirmer la décision contraire du juge Bédard sur ce point parce qu'il ne siège pas en appel de cette décision. Il conclut donc au rejet de la requête, mais il rejette ensuite du même coup l'appel de l'intimée sans avoir procédé à l'audition de la cause. Alléguant qu'il s'agit d'une erreur d'écriture manifeste, l'intimée lui demande de corriger son

jurisdiction to do this without the consent of the other party.

On May 7, 1985, the Court of Appeal rendered judgment on an appeal by respondent. Chevalier J. (*ad hoc*) noted that Doiron J. of the Superior Court had dismissed the appeal accidentally; he further held that s. 75 authorized an appeal from an acquittal by way of a trial *de novo*. Appellant raised for the first time the conflict between s. 75 and s. 37.1 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (hereinafter the *Quebec Charter*), which guarantees the right not to be tried again for an offence of which one has been acquitted. Chevalier J. dismissed this argument because a judgment does not have "status as *res judicata*" within the meaning of s. 37.1 until the matter has come before all the levels of jurisdiction to which it can be appealed. As section 75 authorizes an appeal by trial *de novo*, the decision rendered at the trial level hearing was only the first step in the judicial process: as it does not have the effect of *res judicata*, it does not fall within the scope of s. 37.1 of the *Quebec Charter*.

The Court of Appeal accordingly allowed the appeal and referred the matter back to the Superior Court for a trial *de novo* to be held: hence the appeal to this Court.

Points at Issue

On an application by appellant, this Court stated the following constitutional questions:

1. Are Division I and ss. 5, 6 and 7(2) of Division III of the *Act respecting the Constitution Act, 1982* (S.Q. 1982, c. 21) and s. 132 of the *Summary Convictions Act* of Quebec (R.S.Q., c. P-15) inconsistent with the provisions of s. 33 of the *Constitution Act, 1982* and so of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, in so far as they are intended to place provincial legislation beyond the ambit of the provisions of ss. 2 and 7 to 15 of the *Constitution Act, 1982*?

2. If so, and if the Supreme Court decides that the *Summary Convictions Act* of Quebec allows Respondent to appeal by trial *de novo* from the verdict of acquittal in favour of Appellant, for lack of identification, do ss.

dispositif, mais le juge Doiron se déclare incompétent pour le faire sans le consentement de l'autre partie.

^a Sur appel de l'intimée, la Cour d'appel rend jugement le 7 mai 1985. Le juge Chevalier (*ad hoc*) note que c'est par inadvertance que le juge Doiron de la Cour supérieure a conclu au rejet de l'appel; il décide en outre que l'art. 75 autorise l'appel d'un acquittement par voie de procès *de novo*. L'appellant soulève pour la première fois l'incompatibilité de l'art. 75 avec l'art. 37.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12 (ci-après la *Charte québécoise*), qui garantit le droit de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont on a été acquitté. Le juge Chevalier rejette cette prétention parce qu'un jugement n'a pas «force de chose jugée» au sens de l'art. 37.1 tant qu'il n'en a pas été disposé par toutes les instances auxquelles il est appelable. Comme l'article 75 autorise l'appel par procès *de novo*, la décision rendue à l'occasion du procès de première instance n'est que la première étape du processus judiciaire; n'ayant pas l'effet de la chose jugée, elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 37.1 de la *Charte québécoise*.

^f La Cour d'appel accueille donc l'appel et renvoie le dossier en Cour supérieure pour que le procès *de novo* soit tenu, d'où le pourvoi devant cette Cour.

Les questions en litige

^g Sur requête de l'appellant, cette Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Dans la mesure où ils visent à soustraire la législation provinciale de l'application des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Section I, les articles 5, 6 et le deuxième paragraphe de l'article 7 de la Section III de la *Loi concernant la loi constitutionnelle de 1982* (L.Q. 1982, chap. 21) et l'article 132 de la *Loi sur les poursuites sommaires* du Québec (L.R.Q., chap. P-15) sont-ils incompatibles avec les dispositions de l'article 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et partant inopérants conformément à l'article 52 paragraphe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

2. Dans l'affirmative, et si la Cour suprême décidait que la *Loi sur les poursuites sommaires* du Québec permet à l'intimée d'en appeler par voie de procès *de novo* du verdict d'acquiescement prononcé en faveur de l'Appel-

75 and 78(2) of the Act in question infringe the rights of Appellant guaranteed by ss. 7, 11(h) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in so far as they allow Respondent to make good the deficiencies in its evidence at the trial *de novo*?

3. If sections 75 and 78(2) of the *Summary Convictions Act* of Quebec infringe the rights guaranteed by ss. 7, 11(h) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can they be saved by s. 1 of the *Charter*, and are they therefore consistent with the *Constitution Act, 1982*?

It will be noted that appellant argued that the disputed sections were unconstitutional under the *Canadian Charter* in this Court for the first time: this is why none of the lower courts ruled on the point. The reason for this is that at the time the case was heard *de novo* before Bédard J., the *Canadian Charter* had not yet been adopted. From then until April 17, 1987, s. 132 of the *Summary Convictions Act* removed this Act from the application of ss. 2 and 7 to 15 of the *Canadian Charter*. In so far as that clause was valid, appellant could not exercise the rights guaranteed by the *Canadian Charter* either in the Superior Court or in the Court of Appeal. Appellant further referred to the *Quebec Charter*, which has only had priority over the disputed provisions since January 1, 1986 (S.Q. 1982, c. 61, s. 34).

I

Interpretation of s. 75 of *Summary Convictions Act*

In the lower courts most of the discussion centered on the question of whether s. 75 of the *Summary Convictions Act* allowed the prosecutor to appeal by way of trial *de novo* from the acquittal of the accused. In this Court, appellant repeated this ground, alleging that under a narrow interpretation of various sections of the Act such right of appeal does not exist. Counsel for the appellant did not make this argument orally at the hearing, but relied on the detailed statement in his submission.

lant, pour défaut d'identification, les articles 75 et 78 paragraphe 2 de la Loi en question violent-ils les droits de l'Appelant garantis par les articles 7, 11h) et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans la mesure où ils permettraient à l'Intimée, lors du procès *de novo*, de combler les lacunes de sa preuve?

3. Si les articles 75 et 78 paragraphe 2 de la *Loi sur les poursuites sommaires* du Québec violent les droits garantis par les articles 7, 11h) et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces articles peuvent-ils être justifiés par l'article 1 de ladite *Charte* et, par conséquent, être compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

On notera que l'appelant plaide pour la première fois devant cette Cour l'inconstitutionnalité des articles contestés en vertu de la *Charte canadienne*; c'est pourquoi aucun des tribunaux inférieurs ne s'est prononcé sur cette question. Cela s'explique par le fait que lors de l'audition du procès *de novo* devant le juge Bédard, la *Charte canadienne* n'avait pas encore été adoptée. Par la suite et jusqu'au 17 avril 1987, l'art. 132 de la *Loi sur les poursuites sommaires* soustrayait cette loi à l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne*. Dans la mesure où cette clause était valide, l'appelant ne pouvait se prévaloir des droits garantis par la *Charte canadienne* ni devant la Cour supérieure, ni devant la Cour d'appel. L'appelant invoque en outre la *Charte québécoise*, qui n'a préséance sur les dispositions contestées que depuis le 1^{er} janvier 1986 (L.Q. 1982, chap. 61, art. 34).

8

I

Interprétation de l'art. 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires*

Devant les instances inférieures, la plus grande partie du débat a porté sur la question de savoir si l'art. 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires* permet au poursuivant d'interjeter appel par voie de procès *de novo* de l'acquiescement prononcé en faveur du prévenu. Devant cette Cour, l'appelant a repris ce moyen, alléguant qu'en vertu d'une interprétation étroite de divers articles de la Loi, ce droit d'appel n'existe pas. À l'audience, le procureur de l'appelant n'a pas plaidé oralement ce moyen, mais s'en est remis à l'exposé détaillé qu'il en a fait dans son mémoire.

I will not repeat the arguments made by appellant here, since I am in substantial agreement with the reasons of the Court of Appeal on this point and that in any case I consider that appellant should succeed on his second argument. In my view, s. 75 of the *Summary Convictions Act* does confer on the prosecutor a right to appeal from an acquittal by way of trial *de novo*. With respect, however, I must point out that, in my view, s. 75 does not apply generally to all of Part II of the Act, that is, to both the trial *de novo* and to the stated case, as the Court of Appeal found. Part II is divided into three divisions, the first of which is titled "Appeal" and the second "Stating a Case". Section 75 is the first section in Division I, which indicates the cases in which an appeal by way of trial *de novo* is available; in Division II, this function is performed by s. 90. Section 75 therefore does not cover both the remedies provided by the legislator, but applies only to an appeal by way of trial *de novo*.

As in my opinion the prosecutor had a right of appeal in the case at bar, I will now consider the second ground of appeal, namely the constitutionality of this right of appeal.

II

Canadian Charter of Rights and Freedoms

Appellant maintained *inter alia* that a *de novo* appeal from an acquittal is inconsistent with s. 11(h) of the *Canadian Charter*, which reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again;

There is no doubt that appellant was "charged with an offence" within the meaning of s. 11, since he was charged with a provincial penal offence. In a recent case, *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, this Court held that a person charged with such an offence benefits from the protection conferred by s. 11 (at p. 554):

Je ne reprendrai pas ici chacune des prétentions que l'appelant soulève, puisque pour l'essentiel, je suis d'accord avec les motifs de la Cour d'appel sur ce point et que de toute façon, je suis d'avis que l'appelant doit réussir sur son deuxième moyen. À mon avis, l'art. 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires* confère effectivement au poursuivant le droit d'interjeter appel d'un acquittement par voie de procès *de novo*. Avec égards, cependant, je tiens à préciser que selon moi, l'art. 75 n'est pas d'application générale à toute la partie II de la Loi, c'est-à-dire tant au procès *de novo* qu'à l'exposé de cause, comme l'affirme la Cour d'appel. La partie II se divise en trois sections, dont la première s'intitule «De l'appel» et la deuxième, «De l'exposé de la cause». L'article 75 est le premier article de la section I, qui énonce les cas d'ouverture à l'appel par voie de procès *de novo*; pour la section II, c'est l'art. 90 qui joue ce rôle. L'article 75 ne coiffe donc pas les deux recours prévus par le législateur, mais s'applique exclusivement à l'appel par voie de procès *de novo*.

Comme je suis d'avis que le poursuivant avait un droit d'appel en l'espèce, je vais maintenant examiner le deuxième moyen invoqué par l'appelant, soit la constitutionnalité de ce droit d'appel.

II

Charte canadienne des droits et libertés

L'appelant soutient, entre autres, que l'appel par procès *de novo* à la suite d'un acquittement est incompatible avec l'al. 11h) de la *Charte canadienne*, dont voici le texte:

11. Tout inculpé a le droit:

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

Il ne fait aucun doute que l'appelant est «inculpé» au sens de l'art. 11, puisqu'il est accusé d'une infraction pénale provinciale. Dans un arrêt récent, *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, cette Cour a jugé qu'une personne accusée d'une telle infraction bénéficie de la protection conférée par l'art. 11 (à la p. 554):

The rights guaranteed by s. 11 of the *Charter* are available to persons prosecuted by the State for public offences involving punitive sanctions, i.e., criminal, quasi-criminal and regulatory offences, either federally or provincially enacted.

The crux of the present issue is therefore whether appellant was “finally acquitted” by the decision of the judge of the Court of Sessions of the Peace. If so, s. 11(h) guarantees him the right not to be tried again for these offences, and so not to have to undergo a new trial.

In the Court of Appeal, appellant raised the inconsistency of ss. 75 and 78(2) of the *Summary Convictions Act* with s. 37.1 of the *Quebec Charter*, which is substantially to the same effect as s. 11(h) of the *Canadian Charter*:

37.1 No person may be tried again for an offence of which he has been acquitted or of which he has been found guilty by a judgment that has acquired status as *res judicata*.

The Court of Appeal dismissed this argument on the ground that the trial level decision had not acquired “status as *res judicata*”, since it could be appealed under s. 75. In the Court’s view, only a judgment which has come before all the appellate levels of jurisdiction can have status as *res judicata* and thereby fall within s. 37.1 of the *Quebec Charter*.

To determine whether appellant was “finally acquitted” in the case at bar, one must have a clear understanding of the nature of the appeal by trial *de novo* under the *Summary Convictions Act*. Section 75 sets forth the cases in which the right of appeal is available:

75. In the cases provided for in section 2, any person who thinks himself aggrieved by any conviction, order or dismissal, the prosecutor or complainant, as well as the defendant or the accused, may appeal to the Superior Court, sitting in and for the district in which the conviction was pronounced or the order issued.

Both parties may thus exercise an automatic right of appeal: as no leave to appeal is necessary, the courts have no control over the exercise of this right. Moreover, the party appealing does not

Les droits garantis par l’art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par les personnes que l’État poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu’elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces.

Le nœud du présent débat consiste donc à déterminer si l’appelant a été «définitivement acquitté» par la décision du juge de la Cour des sessions de la paix. Dans l’affirmative, l’al. 11h) lui garantit le droit de ne pas être jugé de nouveau pour ces infractions, donc de ne pas avoir à subir un nouveau procès.

Devant la Cour d’appel, l’appelant avait soulevé l’incompatibilité de l’art. 75 et du par. (2) de l’art. 78 de la *Loi sur les poursuites sommaires* avec l’art. 37.1 de la *Charte québécoise*, qui est sensiblement au même effet que l’al. 11h) de la *Charte canadienne*:

37.1 Une personne ne peut être jugée de nouveau pour une infraction dont elle a été acquittée ou dont elle a été déclarée coupable en vertu d’un jugement passé en force de chose jugée.

La Cour d’appel a rejeté cette prétention au motif que la décision rendue en première instance n’a pas «force de chose jugée», puisqu’elle est appellable en vertu de l’art. 75. Or selon la cour, seul un jugement dont il a été disposé par toutes les instances d’appel peut avoir force de chose jugée et tomber de ce fait sous le coup de l’art. 37.1 de la *Charte québécoise*.

Pour déterminer si, en l’espèce, l’appelant a été «définitivement acquitté», il importe de bien comprendre la nature de l’appel par procès *de novo* en vertu de la *Loi sur les poursuites sommaires*.

L’article 75 énonce les cas d’ouverture au droit d’appel:

75. Dans les cas prévus par l’article 2, quiconque se croit lésé par la condamnation ou par l’ordre ou le renvoi, le poursuivant ou le plaignant, aussi bien que le défendeur ou le prévenu, peut en appeler à la Cour supérieure dans et pour le district où la condamnation a été prononcée ou l’ordre rendu.

Il s’agit donc d’un appel de plein droit dont les deux parties peuvent se prévaloir; aucune permission d’appeler n’étant nécessaire, les tribunaux n’ont pas de contrôle sur l’exercice de ce droit. De

really have to state grounds of appeal: it will suffice if he thinks himself "aggrieved" by the decision made, that is, he is dissatisfied because the justice did not rule in his favour.

The procedure on appeal is set forth in s. 78:

78. (1) When an appeal has been lodged in compliance with the requirements of this act, the court appealed to shall try the case and shall be the judge, as well of the facts as of the law.

(2) Any of the parties to the appeal may call witnesses and adduce evidence, whether or not such witnesses were called or evidence adduced at the hearing before the justice of the peace, either as to the credibility of any witness or as to any other fact material to the inquiry.

The hearing thus takes the form of a trial: the judge hears witnesses and the parties may adduce evidence both as to the credibility of those witnesses and as to the essential facts of the case. As it does not really matter whether such evidence was adduced at trial, a prosecutor whose evidence has been found inadequate has an opportunity of adding to it on appeal. In his decision the appellate judge rules on both the law and the facts. In short, to all intents and purposes, an "appeal" under ss. 75 and 78(2) could be taken for a first instance trial.

The question of whether an accused confronted by an appeal by way of trial *de novo* is "tried again" for the same offence has already been considered by the courts. In *R. v. Jordan* (1971), 1 C.C.C. (2d) 385, the accused argued that the trial *de novo* under the old s. 720 of the *Criminal Code* was contrary to s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, which specifies a right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. This is what the Nova Scotia Court of Appeal wrote at pp. 391 and 392, in answer to the argument by the accused that a trial *de novo* placed him in double jeopardy:

Considering the above, as well as a review of other cases, it would appear that the application of the doc-

plus, la partie qui interjette appel n'a pas vraiment à faire valoir de motifs; il lui suffit de se croire «lésée» par la décision rendue, c'est-à-dire qu'elle soit insatisfaite parce que le juge de paix ne lui a pas donné gain de cause.

Le déroulement de l'instance en appel est prévu à l'art. 78:

78. 1. Lorsqu'un appel a été interjeté conformément aux prescriptions de la présente loi, la cour à laquelle l'appel est porté instruit la cause et décide, tant sur le droit que sur les faits.

2. L'une ou l'autre des parties à l'appel peuvent assigner des témoins et produire des preuves, que ces témoins aient été assignés ou que ces preuves aient été produites ou non lors de l'audition de la cause par le juge de paix, soit à l'égard de la crédibilité de quelque témoin, soit à l'égard de tout autre fait essentiel à l'enquête.

Ainsi, l'audience prend la forme d'un procès: le juge entend des témoins et les parties peuvent produire des preuves tant sur la crédibilité de ces témoins que sur les faits essentiels à la cause. Comme il importe peu que ces preuves aient ou non été produites en première instance, le poursuivant dont la preuve a été jugée insuffisante a la possibilité de la parfaire en appel. Dans sa décision, le juge d'appel statue tant sur le droit que sur les faits. En définitive, selon toutes les apparences, l'«appel» en vertu de l'art. 75 et du par. (2) de l'art. 78 ressemble à s'y méprendre à un procès de première instance.

La question de savoir si l'accusé qui fait face à un appel par voie de procès *de novo* est «jugé de nouveau» pour la même infraction a déjà été considérée par la jurisprudence. Dans l'arrêt *R. v. Jordan* (1971), 1 C.C.C. (2d) 385, l'accusé plaidait que le procès *de novo* en vertu de l'ancien art. 720 du *Code criminel* était contraire à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, qui prévoit le droit à une audition impartiale conforme aux principes de justice fondamentale. Voici ce qu'écrivit la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, aux pp. 391 et 392, en réponse à la prétention de l'accusé voulant que le procès *de novo* le place en situation de double péril:

[TRADUCTION] Compte tenu de ce qui précède ainsi que de l'examen de la jurisprudence, il semble que

trine of double jeopardy is related to proceedings on a second indictment, following a final adjudication on an earlier indictment. To enable an accused person to rely on the plea of *autrefois acquit*, there should be two charges involved, and the offence with which he is charged on the second occasion must be the same offence, or practically the same offence as that with which he was charged on the first occasion.

In view of the above, it does not appear to me that the trial Judge's finding that the *de novo* provisions of the *Code*, where the Crown appeals from an acquittal, constitutes double jeopardy for the accused, is tenable. Furthermore, it seems to be obvious that where the statutory conditions of appeal have been complied with, in the case of an acquittal or a conviction, the Court has an obligation imposed on it by statute to hear and determine the appeal: s. 727(1).

The same reasoning was followed in *R. v. McCaugherty*, [1971] 2 W.W.R. 579 (Alta. Dist. Ct.) It should however be mentioned that these decisions were rendered under the *Canadian Bill of Rights*: the courts assumed that as an appeal by way of trial *de novo* had long been part of our law it could not be contrary to the rules of fundamental justice. Judicial interpretation of the rights listed in the *Canadian Bill of Rights* is not conclusive where a court is required to define the scope of the guarantees conferred by the *Canadian Charter* (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 343-44; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 639). The restrictive interpretation of the double jeopardy rule put forward in those two cases therefore does not necessarily resolve the issue before the Court.

In a more recent judgment rendered under the *Canadian Charter*, *Dupont c. Rheault*, [1987] R.J.Q. 1121, the Quebec Superior Court held on other grounds that ss. 75 and 78 of the *Summary Convictions Act* were in part unconstitutional. However, the Court considered that s. 11(h) of the *Canadian Charter* could not be applied there, because a judgment only becomes final once the time period allowed for filing an appeal has expired. As trial *de novo* is an appellate procedure

l'application de la doctrine du double péril se rapporte aux poursuites relatives à un deuxième acte d'accusation, à la suite d'une décision définitive relativement à un acte d'accusation précédent. Pour qu'un accusé puisse invoquer le moyen de défense d'*autrefois acquit*, il doit y avoir deux accusations et l'infraction qui lui est imputée la deuxième fois doit être la même ou pratiquement la même que celle dont il a été inculqué la première fois.

b

Compte tenu de ce qui précède, je ne suis pas d'avis que soit soutenable la conclusion du juge du procès selon laquelle les dispositions du *Code* relatives au procès *de novo*, où le ministère public en appelle d'un acquittement, constituent un double péril pour l'accusé. En outre, il me semble évident que lorsqu'on a satisfait aux conditions d'appel prévues par la loi, dans le cas d'un acquittement ou d'une déclaration de culpabilité, la cour est tenue en vertu de la loi d'entendre et de régler l'appel: par. 727(1).

Le même raisonnement a été suivi dans l'arrêt *R. v. McCaugherty*, [1971] 2 W.W.R. 579 (C. dist. Alb.) Toutefois, soulignons que ces décisions ont été rendues en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*: les tribunaux ont présumé que, comme l'appel par voie de procès *de novo* faisait depuis longtemps partie de notre droit, il ne pouvait être contraire aux principes de justice fondamentale. Or, l'interprétation jurisprudentielle des droits énumérés à la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas déterminante quand il s'agit de préciser la portée des garanties conférées par la *Charte canadienne* (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 343 et 344; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 639). En conséquence, l'interprétation restrictive de la règle du double péril avancée dans ces deux arrêts ne tranche pas forcément la question qui nous occupe.

Dans un jugement plus récent rendu en vertu de la *Charte canadienne*, *Dupont c. Rheault*, [1987] R.J.Q. 1121, la Cour supérieure du Québec a jugé, pour d'autres motifs, que les art. 75 et 78 de la *Loi sur les poursuites sommaires* étaient en partie inconstitutionnels. Cependant, le juge était d'avis que l'al. 11(h) de la *Charte canadienne* ne pouvait recevoir application dans ce cas, parce qu'un jugement ne devient définitif qu'une fois les délais d'appel expirés. Comme le procès *de novo* consti-

provided by the Act, the Court held that the accused had not been finally acquitted.

With respect, I consider that the appeal by way of trial *de novo* mentioned in ss. 75 and 78 of the *Summary Convictions Act* infringes s. 11(h) of the *Canadian Charter*. It is true that an accused has not been finally acquitted until all the appeals provided for by law have been exhausted, as this Court held in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 155-56:

It was contended that s. 605(1)(a), giving the Crown a right of appeal against an acquittal in a trial court on any ground involving a question of law alone offended ss. 7 and 11(d), (f) and (h) of the *Charter*. Reliance was placed primarily on s. 11(h). There is a simple answer to this argument. The words of s. 11(h), "if finally acquitted" and "if finally found guilty", must be construed to mean after the appellate procedures have been completed, otherwise there would be no point or meaning in the word "finally".

Naturally, the accused cannot avoid an appeal based on an error by the trial judge, since there was no real acquittal if the decision rendered was the result of an error. However, one should not confuse an appeal which is decided in accordance with the record established in the lower court, and a hearing at which each party adduces his evidence over again and may even add to it in the event of any deficiency.

The proceeding in the case at bar is not a true appeal, but actually a new trial disguised as an appeal. As I mentioned, an appeal by trial *de novo* can raise questions of fact as well as questions of law; the appeal is as of right, and the prosecutor does not have to allege errors committed by the justice of the peace. There can thus be a second trial even if the trial judgment was rendered in accordance with all the rules of law. In fact, it is just as if once the accused was acquitted the prosecutor filed a new information alleging the same offence based on the same facts. This is precisely the type of abuse that s. 11(h) seeks to prevent. Section 11(h) guarantees the accused the right to plead *autrefois acquit* if the prosecution attempts to have him tried again for an offence of

tue un moyen d'appel prévu par la Loi, la cour a jugé que le prévenu n'était pas définitivement acquitté.

Avec égards, je suis d'avis que l'appel par voie de procès *de novo* prévu aux art. 75 et 78 de la *Loi sur les poursuites sommaires* viole l'al. 11h) de la *Charte canadienne*. Il est vrai qu'un prévenu n'est pas définitivement acquitté tant que tous les appels prévus par la loi n'ont pas été épuisés, comme cette Cour l'a jugé dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 155 et 156:

On a soutenu que l'al. 605(1)a), qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquiescement prononcé par une cour de première instance, pour tout motif comportant une question de droit seulement, est contraire à l'art. 7 et aux al. 11d), f) et h) de la *Charte*. C'est principalement l'al. 11h) qui a été invoqué. Or, la réponse à cet argument est simple. Les expressions « définitivement acquitté » et « définitivement déclaré coupable » employées à l'al. 11h) doivent s'interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d'appel sont terminées, sinon le mot « définitivement » serait inutile ou dénué de tout sens.

Naturellement, le prévenu ne peut se soustraire à un appel fondé sur une erreur du premier juge, puisqu'il n'y a pas de véritable acquiescement si la décision rendue est le fruit d'une erreur. Toutefois, il ne faut pas confondre l'appel qui est jugé en fonction du dossier établi devant le tribunal inférieur, et l'instance au cours de laquelle chaque partie refait toute sa preuve et peut même y suppléer en cas d'insuffisance.

En l'espèce, il ne s'agit pas d'un véritable appel, mais bien d'un nouveau procès déguisé sous forme d'appel. Comme je l'ai mentionné, l'appel par procès *de novo* peut porter tant sur des questions de fait que sur des questions de droit; le pourvoi a lieu de plein droit, et le poursuivant n'est pas tenu d'alléguer les erreurs commises par le juge de paix. Il peut donc y avoir un deuxième procès même si le jugement de première instance a été rendu en conformité avec toutes les règles de droit. En fait, c'est exactement comme si, une fois le prévenu acquitté, le poursuivant déposait une nouvelle dénonciation alléguant la même infraction fondée sur les mêmes faits. Or, c'est précisément ce genre d'abus que l'al. 11h) cherche à prévenir. L'alinéa 11h) garantit au prévenu le droit de plaider *autre-*

which he has been acquitted. Section 75 of the *Summary Convictions Act* bars him from raising this argument by authorizing the prosecution to repeat the trial as part of the appeal proceedings. The fact that a proceeding is called “appeal” is not sufficient to make it a true appeal and so prevent the accused from relying on s. 11(h) of the *Canadian Charter*.

The word “finally” used in s. 11(h) should not be deprived of all meaning, but care must also be taken not to give it a meaning contrary to the *Canadian Charter*. In respondent’s submission, the *Canadian Charter* would have to be infringed—that is, the accused would have to go through two trials in addition to all the true appeals—before it could be said that he had been finally acquitted. I cannot agree with this interpretation, as it contradicts the actual spirit of s. 11(h). An accused who is acquitted by a judgment containing no error is “finally acquitted” within the meaning of s. 11(h). Accordingly, I think that s. 75 of the *Summary Convictions Act*, to the extent that it allows a prosecutor or complainant to appeal by way of trial *de novo* from an acquittal of the accused, is inconsistent with the rights secured by s. 11(h) of the *Canadian Charter*. The accused retains the right to appeal his conviction by trial *de novo*, adducing his evidence over again in the Superior Court. Section 78 is thus valid in its entirety, as it goes without saying that if an accused has the right to adduce evidence, the prosecutor may also use this right in an appeal brought by the accused.

Neither respondent nor the intervener submitted evidence on the justification and reasonableness of an appeal by way of trial *de novo* under s. 1 of the *Canadian Charter*. It is for the party arguing for the validity of a rule of law under s. 1 to establish that it is a “reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society” (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). As such evidence was not adduced, I would find s. 75 of the *Summary Convictions Act* of no force or

fois acquit si l’État tente de le faire juger de nouveau pour une infraction dont il a été acquitté. L’article 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires* lui interdit de soulever ce plaidoyer en autorisant le poursuivant à refaire le procès dans le cadre des procédures d’appel. Il ne suffit pas au législateur de qualifier une procédure d’«appel» pour que celle-ci constitue véritablement un appel et empêche ainsi le prévenu d’invoquer l’al. 11h) de la *Charte canadienne*.

Le terme «définitivement» employé à l’al. 11h) ne doit pas être dénué de tout sens, mais il faut veiller par contre à ne pas lui donner un sens qui soit contraire à la *Charte canadienne*. Selon l’intimée, il faudrait violer la *Charte canadienne*—c’est-à-dire faire subir au prévenu deux procès en plus de tous les appels véritables—avant de pouvoir dire que ce dernier a été définitivement acquitté. Je ne puis être d’accord avec cette interprétation, car elle contredit l’esprit même de l’al. 11h). Le prévenu qui est acquitté par un jugement ne comportant aucune erreur est «définitivement acquitté» au sens de l’al. 11h). En conséquence, j’estime que l’art. 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires*, dans la mesure où il permet au poursuivant ou au plaignant d’interjeter appel par voie de procès *de novo* de l’acquiescement prononcé en faveur du prévenu, est incompatible avec les droits garantis à l’al. 11h) de la *Charte canadienne*. Pour sa part, le prévenu conserve le droit d’appeler de sa condamnation par procès *de novo*, en refaisant sa preuve devant la Cour supérieure. Ainsi, l’article 78 doit demeurer intégralement valide, car il va de soi que si le prévenu bénéficie du droit de présenter des éléments de preuve, le poursuivant peut également se prévaloir de ce droit dans le cadre de l’appel interjeté par le prévenu.

Ni l’intimée, ni l’intervenant n’ont présenté de preuve sur la justification et le caractère raisonnable de l’appel par voie de procès *de novo* en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne*. Il incombe à la partie qui soutient la validité d’une règle de droit sous l’empire de l’article premier d’établir qu’elle constitue une «limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). Comme cette preuve

effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, as regards the right of appeal by the prosecutor or complainant.

The Attorney General of Quebec stressed that at the time respondent exercised his right of appeal, in March 1981, appellant could not have taken advantage of his constitutional guarantees because the *Canadian Charter* was not yet in effect. In my opinion, if what the Attorney General is suggesting by this is that appellant should not benefit from the *Charter's* protection, these observations are not relevant in the case at bar. What section 11(h) guarantees appellant is the right not to be tried twice, in this case by the holding of a trial *de novo*. Since the *Canadian Charter* has been in effect, s. 11(h) allows the accused to make a plea of *autrefois acquit* to prevent such a trial being held. The date on which the appeal was initially brought is not relevant: what matters is that the *Canadian Charter* was in effect at the time the accused sought to make this plea. As to this a parallel can be drawn with the following passage from *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 359:

In my view, s. 13 is not being given in this case a retrospective effect. As I have indicated earlier, s. 13 guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings. That right came into force on April 17, 1982, the date of the coming into force of the *Charter*. However, given the nature and purpose of the right, it inures to an individual at the moment an attempt is made to utilize previous testimony to incriminate him or her. The time at which the previous testimony was given is irrelevant for the purpose of determining who may or may not claim the benefit of s. 13. As of April 17, 1982, all persons acquired the right not to have evidence previously given used to incriminate them. The protection accorded by the right is related not to the moment the testimony is given, but to the moment at which an attempt is made to use that evidence in an incriminating fashion.

In the same way, since April 17, 1982 all persons charged with an offence have acquired the right not to be tried again for an offence of which they have been finally acquitted. The protection

n'a pas été faite, je déclarerais l'art. 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires* inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en ce qui a trait au droit d'appel du poursuivant ou du plaignant.

Le procureur général du Québec souligne qu'au moment où l'intimée a exercé son droit d'appel, soit en mars 1981, l'appelant ne pouvait se prévaloir de ses garanties constitutionnelles, parce que la *Charte canadienne* n'était pas encore en vigueur. Selon moi, si le Procureur général veut ainsi laisser entendre que l'appelant ne devrait pas bénéficier de la protection de la *Charte canadienne*, ces remarques ne sont pas pertinentes en l'espèce. Ce que l'alinéa 11h) garantit à l'appelant, c'est le droit de ne pas être jugé une deuxième fois, en l'occurrence par la tenue du procès *de novo*. Depuis que la *Charte canadienne* est en vigueur, l'al. 11h) permet au prévenu de soulever le plaidoyer d'*autrefois acquit* pour empêcher la tenue de ce procès. La date à laquelle l'appel a été initialement interjeté est sans pertinence; ce qui importe, c'est que la *Charte canadienne* soit en vigueur au moment où le prévenu veut soulever ce plaidoyer. Sur ce point, on peut faire le parallèle avec le passage suivant de l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 359:

À mon avis, l'art. 13 ne reçoit pas en l'espèce une interprétation lui donnant un effet rétroactif. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'art. 13 garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. Ce droit s'applique depuis le 17 avril 1982, date de l'entrée en vigueur de la *Charte*. Toutefois, étant donné la nature et le but du droit, il s'applique à un individu dès le moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour l'incriminer. La date du témoignage antérieur n'est pas pertinente aux fins de déterminer qui peut ou non réclamer la protection de l'art. 13. Le 17 avril 1982, toutes les personnes ont acquis le droit de ne pas voir les témoignages donnés antérieurement utilisés pour les incriminer. La protection accordée par le droit ne se rapporte pas au moment où le témoignage est donné, mais au moment où l'on tente d'utiliser ce témoignage d'une manière incriminante.

De la même façon, depuis le 17 avril 1982, tous les inculpés ont acquis le droit de ne pas être jugés de nouveau pour une infraction dont ils ont été définitivement acquittés. La protection que confère

conferred by this right is related not to the moment the offence was committed or the acquittal entered, but to the moment at which an attempt is made to re-try the accused. In the case at bar, even though the *Canadian Charter* was not in effect at the time the proceedings began, it applies at the time this Court has to decide whether it should order the holding of a trial which will be an infringement of appellant's rights. It is apparent that such an order cannot be made.

Still in connection with the application of the *Canadian Charter*, the first constitutional question stated by this Court remains to be answered. That question concerns the validity of the exception clause adopted pursuant to s. 33 of the *Canadian Charter* to remove all Quebec legislation from the application of ss. 2 and 7 to 15 of the *Canadian Charter*. In the *Summary Convictions Act*, this exception clause is to be found in s. 132. However, under s. 33(3) of the *Canadian Charter*, s. 132 ceased to have effect on April 17, 1987, five years after it came into force. In light of the foregoing observations on the time at which the right conferred by s. 11(h) of the *Canadian Charter* applies, it is not necessary for the purposes of the present appeal to rule on the validity of the exception clause, since it is no longer in effect at the present time. I will therefore refrain from answering the first constitutional question.

Finally, as I have concluded that s. 75 of the *Summary Convictions Act* is in part inconsistent with s. 11(h) of the *Canadian Charter*, I will not deal with the parties' arguments on ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter* or on ss. 1, 23, 33 and 37.1 of the *Quebec Charter*.

III

Conclusion

In sum, I consider that the right of a prosecutor or complainant to appeal from an acquittal by way of trial *de novo* is contrary to s. 11(h) of the *Canadian Charter*. I would answer the constitutional questions as follows:

ce droit ne se rapporte pas au moment où l'infraction est commise ou l'acquiescement prononcé, mais au moment où l'on tente d'astreindre le prévenu à être jugé de nouveau. En l'occurrence, même si la *Charte canadienne* n'était pas en vigueur au moment où les procédures ont débuté, elle s'applique au moment où il s'agit de déterminer si cette Cour doit ordonner la tenue d'un procès qui constitue une violation des droits de l'appelant. Il est évident qu'une telle ordonnance ne peut être rendue.

Toujours en rapport avec l'application de la *Charte canadienne*, il reste à trancher la première question constitutionnelle formulée par cette Cour. Cette question porte sur la validité de la clause dérogatoire adoptée en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne* pour soustraire toute la législation québécoise à l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne*. Dans la *Loi sur les poursuites sommaires*, cette clause dérogatoire se retrouve à l'art. 132. Toutefois, en vertu du par. 33(3) de la *Charte canadienne*, l'art. 132 a cessé d'avoir effet le 17 avril 1987, soit cinq ans après son entrée en vigueur. Compte tenu des remarques qui précèdent sur le moment auquel le droit prévu à l'al. 11h) de la *Charte canadienne* s'applique, il n'est pas nécessaire, aux fins du présent pourvoi, de statuer sur la validité de la clause dérogatoire, puisqu'elle n'a plus aucun effet à l'heure actuelle. Je m'abstiendrai donc de répondre à la première question constitutionnelle.

En dernier lieu, ayant conclu que l'art. 75 de la *Loi sur les poursuites sommaires* est en partie incompatible avec l'al. 11h) de la *Charte canadienne*, je ne me prononcerai pas sur les prétentions des parties relativement aux art. 7 et 15 de la *Charte canadienne*, ni aux art. 1, 23, 33 et 37.1 de la *Charte québécoise*.

III

Conclusion

En résumé, je suis d'avis que le droit du poursuivant ou du plaignant d'interjeter appel d'un acquiescement par voie de procès *de novo* est contraire à l'al. 11h) de la *Charte canadienne*. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. This question does not need to be answered.

2. Only section 75 infringes s. 11(h) of the *Canadian Charter*, to the extent that it confers a right of appeal on the prosecutor or complainant.

3. No.

The appeal is accordingly allowed and the acquittal ordered by the judge of the Court of the Sessions of the Peace is restored. Appellant will be entitled to his costs in the Superior Court, the Court of Appeal and in this Court, both against respondent and against the intervener the Attorney General of Quebec.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Tremblay, Bertrand, Morisset, Bois & Mignault, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Flynn, Rivard, Québec.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Paul Monty and Lyne Morais, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

1. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

2. Seul l'article 75 viole l'al. 11h) de la *Charte canadienne*, dans la mesure où il confère un droit d'appel au poursuivant ou au plaignant.

3. Non.

L'appel est donc accueilli et l'acquiescement prononcé par le juge de la Cour des sessions de la paix rétabli. L'appelant a droit à ses dépens en Cour supérieure, en Cour d'appel et devant cette Cour, tant contre l'intimée que contre l'intervenant le procureur général du Québec.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Tremblay, Bertrand, Morisset, Bois & Mignault, Ste-Foy.

Procureurs de l'intimée: Flynn, Rivard, Québec.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Paul Monty et Lyne Morais, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Gunter Lockheimer and Irwin Volk
Appellants

v.

Ilio Sacchetti *Respondent*

and

Registrar of Registry Office, Papineau Division *Mis en cause*

INDEXED AS: SACCHETTI v. LOCKHEIMER

File No.: 18444.

1988: February 29; 1988: May 26.

Present: Beetz, Estey*, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Registration — Subdivision — Original lots subdivided — Subdivision effective from deposit in Registry Office of plan and book of reference approved by Minister — Subdivision valid notwithstanding registrar's failure to enter subdivisions on index of original lots — Subdivided lots unaffected by registrations made against original lots after subdivision took effect — Civil Code, arts. 2168, 2175 — Cadastre Act, R.S.Q. 1977, c. C-1, ss. 14, 15.

Registration — Subdivision — Subdivision not being a real right, subject to no registration requirement — General rules of registration under arts. 2082, 2083 and 2085 C.C. inapplicable — Civil Code, arts. 2082, 2083, 2085, 2175 — Cadastre Act, R.S.Q. 1977, c. C-1, s. 14.

Appeal — Cross-appeal — Motion made at hearing — Motion dismissed as tardy.

Montclair Investment Corporation was the owner of lots 5 and 6 of the north range of the Township of Amherst. Between 1959 and 1961 the company subdivided these two lots. The registrar prepared an index of immovables for each subdivided lot; however, he failed to note on the index of the original lots that these lots had been subdivided, as required by s. 14 of the *Cadastre Act*. This notation was not made until March 16, 1978. Between 1960 and 1971, appellants purchased eleven of these subdivided lots and duly registered their titles on the index of the lots. In 1977, respondent, who was both creditor of Montclair Investment Corporation

* Estey J. took no part in the judgment.

Gunter Lockheimer et Irwin Volk *Appellants*

c.

Ilio Sacchetti *Intimé*

et

Le registrateur du Bureau d'enregistrement de la division de Papineau *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: SACCHETTI c. LOCKHEIMER

N° du greffe: 18444.

1988: 29 février; 1988: 26 mai.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, Lamer, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Enregistrement — Subdivision — Lots originaires subdivisés — Subdivision en vigueur à compter du dépôt au bureau d'enregistrement des plan et livre de renvoi approuvés par le ministre — Subdivision valide enoobstant l'omission du registrateur de faire une entrée des subdivisions sur les lots originaires — Enregistrements sur les lots originaires après l'entrée en vigueur de la subdivision n'affectant pas les lots subdivisés — Code civil, art. 2168, 2175 — Loi sur le cadastre, L.R.Q. 1977, chap. C-1, art. 14, 15.

Enregistrement — Subdivision — Une subdivision n'est pas un droit réel et n'a pas à être enregistrée — Règles générales de l'enregistrement énoncées aux art. 2082, 2083 et 2085 C.c. inapplicables — Code civil, art. 2082, 2083, 2085, 2175 — Loi sur le cadastre, L.R.Q. 1977, chap. C-1, art. 14.

Appel — Pourvoi incident — Requête présentée à l'audition — Requête rejetée pour tardiveté.

Montclair Investment Corporation était propriétaire des lots 5 et 6 du rang nord du canton d'Amherst. De 1959 à 1961, la compagnie a fait subdiviser la totalité de ces deux lots. Le registrateur a préparé un index des immeubles pour chaque lot de subdivision; cependant, il a omis d'annoter l'index des lots originaires pour y indiquer que ces lots avaient été subdivisés, comme l'exige l'art. 14 de la *Loi sur le cadastre*. Cette annotation n'a été faite que le 16 mars 1978. Entre 1960 et 1971, les appelants ont acquis onze de ces lots de subdivision et ont dûment enregistré leur titre à l'index de ces lots. En 1977, l'intimé, créancier et propriétaire

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

and owner of half its shares, had lots 5 and 6 seized prior to judgment. In a judgment by default, respondent was declared owner of an undivided half of these lots. He registered this judgment against lots 5 and 6 and then caused the other undivided half of these lots to be seized and sold by the court. He purchased the other half and registered the sale against the original lots. In June 1980, respondent brought an action to be declared the absolute owner of lots 5 and 6, to have the subdivisions entered on the index of immovables struck out and to force appellants to vacate their immovables. Alternatively, respondent further asked that if his rights could not be enforced the registrar be ordered to compensate him.

The Superior Court dismissed the action and the claim against the registrar. The Court of Appeal allowed the appeal, declared respondent the sole owner of lots 5 and 6 and ordered appellants to relinquish possession of the disputed subdivisions. Applying articles 2082, 2083 and 2085 C.C., the Court of Appeal held that the subdivision could not be set up against respondent and that he had priority over purchasers of the subdivided lots because respondent had registered his rights before the subdivision was noted on the index of the original lots.

Held: The appeal should be allowed.

Subdivision is simply a cadastral operation by which the owner parcels all or part of a lot and gives each new parcel a separate number made up in part of the number of the original lot. Subdivision is not a real right and is not subject to registration. Thus the rules as to priority set out in arts. 2082 *et seq.* of the *Civil Code* cannot be applied to determine the rights of the parties.

Respondent's submission that a subdivision must be registered under art. 2175 C.C. or s. 14 of the *Cadastre Act* cannot be upheld. The "deposit" of the plan of subdivision in the Minister's office and the "deposit" of this plan, as approved by the Minister, in the Registry Office are not synonymous with registration by deposit, but rather mean filing, handing over or forwarding.

A subdivided lot is effective for registration purposes on the date the plan of subdivision is deposited in the Registry Office. The registrar's failure to make a notation on the index of the original lot after the plan has been deposited, as required by s. 14 of the *Cadastre Act*, does not invalidate the subdivision since it has already taken effect. The registrar will however be liable if this failure causes loss to anyone. Under article 2168 C.C., in

de la moitié des actions de Montclair Investment Corporation, a fait saisir avant jugement les lots 5 et 6. Dans un jugement par défaut, il a été déclaré propriétaire de la moitié indivise de ces lots. Il a enregistré ce jugement contre les lots 5 et 6, puis il a fait saisir et vendre en justice l'autre moitié indivise de ces lots. Il s'en est porté adjudicataire et a enregistré cette vente contre les lots originaires. En juin 1980, l'intimé a intenté une action pour se faire déclarer propriétaire absolu des lots 5 et 6, faire radier les subdivisions portées à l'index des immeubles et obliger les appelants à quitter leurs immeubles. Comme conclusion subsidiaire, l'intimé demandait également, s'il ne pouvait être maintenu dans ses droits, que le registrateur soit condamné à l'indemniser.

La Cour supérieure a rejeté l'action et la réclamation contre le registrateur. La Cour d'appel a accueilli l'appel, déclaré l'intimé seul propriétaire des lots 5 et 6 et ordonné aux appelants de renoncer à la possession des subdivisions en litige. Appliquant les art. 2082, 2083 et 2085 C.c., la Cour d'appel a décidé que la subdivision était inopposable à l'intimé et qu'il avait priorité sur les acquéreurs des lots subdivisés parce que l'intimé avait enregistré ses droits avant que la subdivision soit annotée à l'index des lots originaires.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La subdivision est une simple opération cadastrale par laquelle le propriétaire morcelle un lot, en tout ou en partie, et désigne chaque nouvelle parcelle par un numéro autonome composé pour partie du numéro du lot originaire. La subdivision ne constitue pas un droit réel et elle n'est pas soumise à l'enregistrement. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer les règles de préférence édictées aux art. 2082 et suiv. du *Code civil* pour déterminer les droits des parties.

La prétention de l'intimé selon laquelle la subdivision doit être enregistrée en vertu de l'art. 2175 C.c. ou de l'art. 14 de la *Loi sur le cadastre* doit être rejetée. Le «dépôt» du plan de la subdivision au bureau du ministre et le «dépôt» de ce plan approuvé par ce dernier au bureau du registrateur ne sont pas synonymes d'enregistrement par dépôt, mais signifie plutôt production, remise ou transmission.

Un lot de subdivision entre en vigueur, pour les fins de l'enregistrement, à la date du dépôt du plan de subdivision au bureau d'enregistrement. L'omission du registrateur d'annoter l'index du lot originaire une fois le plan déposé, comme l'exige l'art. 14 de la *Loi sur le cadastre*, n'invalide pas la subdivision puisqu'elle est déjà en vigueur. Le registrateur engage toutefois sa responsabilité si l'inexécution de cette obligation cause préjudice à

any act registered after the subdivision the lots are to be designated by the number assigned to them in the plan of subdivision. The effect of this article is that any title registered without the official designation of a lot does not affect the immovable and confers no right which can be set up against third parties. As the original lot ceased to exist when the subdivided lots became effective, the registrations containing the designation of the original lot are invalid and do not affect that lot. In the present case, respondent cannot claim any right in appellants' lots, since none of the acts registered by him affects those lots. The registrations carried out by respondent on original lots 5 and 6 are invalid against appellants. Only the acts registered by appellants and containing the number and designation of the subdivided lots can be set up against third parties claiming rights to those lots.

At the hearing, respondent made a motion to file a cross-appeal regarding liability of the registrar. In view of the tardiness of this motion, it should be dismissed. In addition, the trial judge concluded that there was no proof of damage caused by the registrar's failure and there is no reason to alter that conclusion.

Cases Cited

Referred to: *St-Gelais v. Banque de Montréal*, [1968] S.C.R. 183; *Economic Realty Ltd. v. Benoît*, [1946] C.S. 81.

Statutes and Regulations Cited

Cadastre Act, R.S.Q. 1977, c. C-1, ss. 14, 15.
Civil Code, arts. 1646, 2082, 2083, 2085, 2129a, 2132 et seq., 2161, 2168, 2171, 2175.

Authors Cited

Bélanger, Albert. "La description légale d'un emplacement" (1981), 83 *R. du N.* 517.
Bélanger, Albert. "Le régistrateur québécois" (1982), 84 *R. du N.* 499.
Charron, Camille. "Plans et cadastres: leur mise en vigueur et leurs effets sur les titres" (1974), 76 *R. du N.* 345.
Comtois, Roger. "Jurisprudence: Opérations cadastrales—Subdivision et redivision—"Ajouté"" (1973), 75 *R. du N.* 546.
Giroux, G. M. "La publicité foncière" (1936), 38 *R. du N.* 447.
Lamontagne, Denys-Claude. "Questions d'enregistrement" (1982), 84 *R. du N.* 407.

quelqu'un. En vertu de l'art. 2168 C.c., tout acte enregistré postérieurement à la subdivision doit désigner les lots par le numéro qui leur est donné sur le plan de subdivision. Par l'effet de cet article, le titre enregistré sans la désignation officielle d'un lot n'affecte pas l'immeuble et ne confère aucun droit opposable aux tiers. Le lot originaire ayant cessé d'exister lors de l'entrée en vigueur des lots de subdivision, les enregistrements contenant la désignation du lot originaire sont inopérants et n'affectent pas ce lot. En l'espèce, l'intimé ne saurait prétendre à aucun droit dans les lots des appelants, puisque aucun des actes qu'il a enregistrés n'affecte ces lots. Les enregistrements effectués par l'intimé sur les lots originaires 5 et 6 sont inopérants dans la mesure où les appelants sont concernés. Seuls les actes enregistrés par les appelants et contenant le numéro et la désignation des lots de subdivision sont opposables aux tiers qui revendiquent des droits sur ces lots.

À l'audience, l'intimé a présenté une requête pour former un pourvoi incident quant à la responsabilité du registrateur. Vu sa tardiveté, cette requête doit être rejetée. De plus, le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait aucune preuve des dommages causés par l'omission du registrateur; il ne serait pas opportun de modifier cette conclusion.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *St-Gelais v. Banque de Montréal*, [1968] R.C.S. 183; *Economic Realty Ltd. v. Benoît*, [1946] C.S. 81.

Lois et règlements cités

Code civil, art. 1646, 2082, 2083, 2085, 2129a, 2132 et suiv., 2161, 2168, 2171, 2175.
Loi sur le cadastre, L.R.Q. 1977, chap. C-1, art. 14, 15.

Doctrine citée

Bélanger, Albert. «La description légale d'un emplacement» (1981), 83 *R. du N.* 517.
Bélanger, Albert. «Le régistrateur québécois» (1982), 84 *R. du N.* 499.
Charron, Camille. «Plans et cadastres: leur mise en vigueur et leurs effets sur les titres» (1974), 76 *R. du N.* 345.
Comtois, Roger. «Jurisprudence: Opérations cadastrales—Subdivision et redivision—"Ajouté"» (1973), 75 *R. du N.* 546.
Giroux, G. M. «La publicité foncière» (1936), 38 *R. du N.* 447.
Lamontagne, Denys-Claude. «Questions d'enregistrement» (1982), 84 *R. du N.* 407.

Marler, William deMontmollin. *The Law of Real Property*. Completed and arranged by George C. Marler. Toronto: Burroughs & Co., 1932.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1984] C.A. 18, setting aside a judgment of the Superior Court¹. Appeal allowed.

Jack Bobrove, for the appellants.

Léo Di Battista and *Sergio Tucci*, for the respondent. ^b

Jean-Yves Bernard, for the mis en cause.

English version of the judgment of the Court delivered by ^c

LAMER J.—Montclair Investment Corporation, which is not a party to this action, was the owner of lots 5 and 6 of the north range of the Township of Amherst, Papineau registration division. By four successive operations between 1959 and 1961, Montclair had these entire lots subdivided. In accordance with arts. 2161 and 2171 of the *Civil Code*, the registrar prepared an index of immovables for each subdivided lot; however, he failed to note on the index of the original lots that these lots had been subdivided, as required by s. 14 of the *Cadastre Act*, R.S.Q. 1977, c. C-1. This notation was not made until March 16, 1978. Between 1960 and 1971, appellants purchased eleven of these subdivided lots and duly registered their titles on the index thereof. ^d

On May 14, 1974, by an agreement signed in Italy, respondent bought half the capital stock of Montclair and granted a one-year loan to that company. Three years later, as he had received neither the shares nor repayment of the loan, respondent made a seizure before judgment of lots 5 and 6. On October 28, 1977, in a judgment by default, respondent was declared owner of an undivided half of these lots and also obtained damages against Montclair. Respondent registered this judgment against lots 5 and 6, and then caused the other undivided half of these lots to be seized and sold by the court. He purchased this other half and registered the sale in December 1979, still against the original lots. ^e

¹ Mtl. Sup. Ct., No. 500-05-003419-809, May 26, 1981.

Marler, William deMontmollin. *The Law of Real Property*. Completed and arranged by George C. Marler. Toronto: Burroughs & Co., 1932.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 18, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure¹. Pourvoi accueilli. ^a

Jack Bobrove, pour les appelants.

Léo Di Battista and *Sergio Tucci*, pour l'intimé. ^b

Jean-Yves Bernard, pour le mis en cause.

Le jugement de la Cour a été rendu par ^c

LE JUGE LAMER—Montclair Investment Corporation, qui n'est pas partie à la présente instance, était propriétaire des lots 5 et 6 du rang nord du canton d'Amherst, division d'enregistrement de Papineau. De 1959 à 1961, par quatre opérations successives, Montclair a fait subdiviser la totalité de ces lots. Conformément aux art. 2161 et 2171 du *Code civil*, le registrateur a préparé un index des immeubles pour chaque lot de subdivision; cependant, il a omis d'annoter l'index des lots originaires pour y indiquer que ces lots avaient été subdivisés, comme l'exige l'art. 14 de la *Loi sur le cadastre*, L.R.Q. 1977, chap. C-1. Cette annotation n'a été faite que le 16 mars 1978. Entre 1960 et 1971, les appelants ont acquis onze de ces lots de subdivision et ont dûment enregistré leur titre à l'index de ces lots. ^d

Le 14 mai 1974, par convention signée en Italie, l'intimé a acheté la moitié du capital-actions de Montclair et lui a consenti un prêt d'une durée d'un an. Trois ans plus tard, n'ayant reçu ni les actions, ni le remboursement du prêt, l'intimé a effectué une saisie avant jugement des lots 5 et 6. Le 28 octobre 1977, dans un jugement par défaut, l'intimé a été déclaré propriétaire de la moitié indivise de ces lots et a en outre obtenu une condamnation pécuniaire contre Montclair. L'intimé a enregistré ce jugement contre les lots 5 et 6, puis il a fait saisir et vendre en justice l'autre moitié indivise de ces lots. Il s'en est porté adjudicataire et a enregistré cette vente en décembre 1979, toujours contre les lots originaires. ^e

¹ C.S. Mtl., n° 500-05-003419-809, 26 mai 1981.

On June 2, 1980, respondent brought an action to be declared the absolute owner of lots 5 and 6, to have the subdivisions entered on the index of immovables struck out and to force appellants to vacate their immovables. Alternatively, respondent further asked that if his rights could not be enforced the mis en cause registrar be ordered to compensate him, with interest and costs.

The Superior Court judge dismissed the action and concluded that respondent could not succeed in his claim against the mis en cause. The Court of Appeal allowed the appeal, declared respondent the sole owner of lots 5 and 6 and ordered appellants to relinquish possession of the disputed subdivisions: [1984] C.A. 18.

In this Court, appellants' primary argument was that all the formalities required for the validity of the subdivisions were carried out in accordance with art. 2175 C.C., which reads as follows:

2175. Whenever the owner of a property designated upon the plan or book of reference, subdivides the same into town or village lots, he must deposit in the office of the Ministre de l'énergie et des ressources a plan and book of reference certified by himself, with particular numbers and designations, so as to distinguish them from the original lots; and if the Ministre de l'énergie et des ressources finds that such particular plan and book of reference are correct, he transmits a copy certified by himself to the registrar of the division and to the clerk or the secretary-treasurer of the municipality within the limits of which is situated the subdivided property.

In appellants' submission the registrations made by respondent against the original lots are therefore invalid, because in view of the subdivisions made those lots no longer existed. They further argued that, as subdivision is not a real right it does not have to be registered, and art. 2083 C.C. cannot be applied to set the order of priority in the parties' rights.

Respondent in turn argued that a subdivision must be registered under art. 2175 C.C. and s. 14 of the *Cadastre Act*; as the registrar did not make the required notation, respondent's rights have priority over those of appellants because they were registered earlier. Alternatively, if he must bear the loss of the disputed immovables, respondent

Le 2 juin 1980, l'intimé a intenté une action pour se faire déclarer propriétaire absolu des lots 5 et 6, faire radier les subdivisions portées à l'index des immeubles et obliger les appelants à quitter leurs immeubles. Comme conclusion subsidiaire, l'intimé demandait également, s'il ne pouvait être maintenu dans ses droits, que le registrateur mis en cause soit condamné à l'indemniser, avec intérêt et dépens.

Le juge de la Cour supérieure a rejeté l'action et conclu que l'intimé ne pouvait réussir dans sa réclamation contre le mis en cause. La Cour d'appel a accueilli l'appel, déclaré l'intimé seul propriétaire des lots 5 et 6 et ordonné aux appelants de renoncer à la possession des subdivisions en litige: [1984] C.A. 18.

Devant cette Cour, les appelants soutiennent principalement que toutes les formalités essentielles à la validité des subdivisions ont été accomplies conformément à l'art. 2175 C.c. qui se lit ainsi:

2175. Lorsqu'un propriétaire subdivise en lots de ville ou de village un terrain marqué aux plan et livre de renvoi, il est tenu d'en déposer, au bureau du ministre de l'énergie et des ressources, un plan et livre de renvoi, par lui certifiés, avec des numéros et désignations particulières de manière à les distinguer des lots primitifs; et si ces plan et livre de renvoi particuliers sont trouvés corrects par le ministre de l'énergie et des ressources, il en transmet copie par lui certifiée au registrateur de la division et au greffier ou au secrétaire-trésorier de la municipalité dans les limites de laquelle est situé le terrain subdivisé.

Selon les appelants, les enregistrements faits par l'intimé contre les lots originaires sont donc inefficaces, parce que ces lots n'existaient plus vu les subdivisions effectuées. Par ailleurs, ils plaident que, comme la subdivision n'est pas un droit réel, elle n'a pas à être enregistrée, et que l'art. 2083 C.c. ne saurait s'appliquer pour établir l'ordre de priorité des droits des parties.

Pour sa part, l'intimé prétend que la subdivision doit être enregistrée en vertu des art. 2175 C.c. et 14 de la *Loi sur le cadastre*; le registrateur n'ayant pas fait l'annotation prescrite, les droits de l'intimé ont préséance sur ceux des appelants parce qu'ils ont été enregistrés antérieurement. Subsidiairement, s'il doit supporter la perte des immeubles en

asked that the registrar be ordered to compensate him. The mis en cause supported appellants' arguments and denied his liability to respondent.

There is no question that the registrar was at fault in failing to note the subdivision on the index of the original lots, since he had a legal duty to do so. In my opinion, the case at bar turns on the effect of this failure on the rights of the parties who each registered their title, one against the original lots and the other against the subdivided lots. However, in view of the arguments made in this Court and the judgment rendered by the Court of Appeal in the present case, we must first determine whether, as respondent suggests, the subdivision must in fact be registered. If not, the articles relied on by the Court of Appeal are inapplicable and the matter must be resolved in accordance with other principles.

In order to determine the rights of the parties at bar, the Court of Appeal applied arts. 2082, 2083 and 2085 C.C., which deal with the effects of registration:

2082. Registration gives effect to real rights and establishes their order of priority according to the provisions contained in this title.

2083. All real rights subject to be registered take effect from the moment of their registration against creditors whose rights have been registered subsequently or not at all. If however a delay be allowed for the registration of a title and it be registered within such delay, such title takes effect even against subsequent creditors who have obtained priority of registration.

2085. The notice received or knowledge acquired of an unregistered right belonging to a third party and subject to registration, cannot prejudice the rights of a subsequent purchaser for valuable consideration whose title is duly registered, except when such title is derived from an insolvent trader.

In the view of the Court of Appeal, although subdivision is neither an ownership title nor a real right it affects the registration of both; in the absence of specific provisions, the Court applied the general rules of registration. Thus, as respondent registered his rights before the subdivision was

litige, l'intimé demande que le registrateur soit condamné à l'indemniser. Quant au mis en cause, il appuie les prétentions des appelants et nie sa responsabilité envers l'intimé.

a Il ne fait aucun doute que le registrateur a commis une faute en omettant d'annoter la subdivision à l'index des lots originaires, puisqu'il avait l'obligation légale de le faire. À mon sens, le présent litige porte sur l'incidence de cette omission sur les droits des parties qui ont chacune enregistré leur titre, l'une sur les lots originaires, l'autre sur des lots de subdivision. Toutefois, étant donné les prétentions soulevées devant cette Cour et le jugement rendu par la Cour d'appel en l'espèce, nous devons dans un premier temps déterminer si, comme l'affirme l'intimé, la subdivision doit effectivement être enregistrée. Dans la négative, les articles invoqués par la Cour d'appel sont inapplicables, et le litige doit être tranché selon d'autres principes.

e Afin de déterminer les droits des parties en l'espèce, la Cour d'appel a appliqué les art. 2082, 2083 et 2085 C.c., qui portent sur les effets de l'enregistrement:

f **2082.** L'enregistrement des droits réels leur donne effet et établit leur rang suivant les dispositions contenues dans ce titre.

g **2083.** Tout droit réel soumis à la formalité de l'enregistrement a effet du moment de son enregistrement à l'encontre des autres créanciers dont les droits n'ont été enregistrés que subséquemment, ou ne l'ont pas été. Si néanmoins un délai est accordé pour enregistrer un titre et que l'enregistrement soit effectué dans ce délai, ce titre a son effet à l'encontre même des créanciers subséquents qui ont priorité d'enregistrement.

h **2085.** L'avis donné ou la connaissance acquise d'un droit non enregistré appartenant à un tiers et soumis à la formalité de l'enregistrement, ne peut préjudicier aux droits de celui qui a acquis depuis pour valeur, en vertu d'un titre dûment enregistré, sauf les cas où l'acte procède d'un failli.

j Selon la Cour d'appel, bien que la subdivision ne soit ni un titre de propriété, ni un droit réel, elle a des incidences sur leur enregistrement; en l'absence de dispositions précises, la Cour lui applique les règles générales de l'enregistrement. Ainsi, comme l'intimé a enregistré ses droits avant que la

noted on the index of the original lot, the Court of Appeal considered that the subdivision could not be set up against him and he therefore had priority over purchasers of the subdivided lots.

The provisions applied by the Court of Appeal are contained in Title Eighteenth, "Of Registration of Real Rights". These provisions do not prescribe the rights subject to registration but the effect of registration on real rights, in other words how those rights will rank among themselves. Articles 2082 *et seq.* will only apply if the rights are real rights, otherwise their priority will not be governed by those articles. For example, art. 1646 C.C. provides that a lease for more than twelve months must be registered in order to protect the tenant in the event of a change of owner; as a lease is a personal right, the effect of this registration is not governed by Title Eighteenth but by art. 1646 itself. The nature of a subdivision must therefore first be determined to establish whether it is a real right.

Subdivision is broadly defined as a cadastral operation. In Quebec the cadastre is used for the identification of plots of land and the registration of acts affecting them. It is a graphic representation of the division of land into units of ownership. Naturally, this division is not static, since the purpose of preparing the cadastre was not to halt economic activity and real estate development. For the cadastre to accurately reflect reality a mechanism was needed to record the parcelling of land which is constantly occurring. This mechanism is called subdivision. Subdivision is a simple cadastral operation by which the owner parcels all or part of a lot and gives each new parcel a separate number made up in part of the number of the original lot. (Giroux, "La publicité foncière" (1936), 38 *R. du N.* 447, at p. 449; Comtois, "Jurisprudence: Opérations cadastrales—Subdivision et redivision—"Ajouté" (1973), 75 *R. du N.* 546, at p. 548; Bélanger, "La description légale d'un emplacement" (1981), 83 *R. du N.* 517, at p. 573.)

subdivision soit annotée à l'index du lot originaire, la Cour d'appel estime que la subdivision lui est inopposable et, partant, qu'il a priorité sur les acquéreurs des lots de subdivision.

^a Les dispositions appliquées par la Cour d'appel sont regroupées sous le Titre dix-huitième, «De l'enregistrement des droits réels». Ces dispositions prescrivent non pas le domaine de l'enregistrement, mais l'effet de l'enregistrement sur les droits réels, c'est-à-dire qu'elles déterminent le rang qu'auront ces droits entre eux. Or, pour que les art. 2082 et suiv. reçoivent application, il faut être en présence de droit réels, faute de quoi la priorité des droits n'est pas régie par ces articles. Par exemple, l'art. 1646 C.c. édicte qu'un bail d'une durée supérieure à douze mois doit être enregistré pour protéger le locataire en cas de changement de propriétaire; comme le bail est un droit personnel, l'effet de cet enregistrement n'est pas régi par le Titre dix-huitième, mais bien par l'art. 1646 même. Il faut donc déterminer en premier lieu la nature d'une subdivision pour savoir si elle constitue un droit réel.

En termes généraux, la subdivision se définit comme une opération cadastrale. Au Québec, le cadastre sert à l'identification des terrains et à l'enregistrement des actes qui les affectent. Il constitue une représentation graphique de la division du territoire en unités de propriété. Naturellement, cette division n'est pas statique, puisque l'établissement du cadastre n'avait pas pour but de mettre une halte à l'activité économique et à l'exploitation immobilière. Pour que le cadastre demeure fidèle à la réalité, il fallait prévoir un mécanisme permettant d'y consigner les morcellements de propriété qui surviennent constamment. Ce mécanisme, c'est la subdivision. La subdivision est une simple opération cadastrale par laquelle le propriétaire morcelle un lot, en tout ou en partie, et désigne chaque nouvelle parcelle par un numéro autonome composé pour partie du numéro du lot originaire. (Giroux, «La publicité foncière» (1936), 38 *R. du N.* 447, à la p. 449; Comtois, «Jurisprudence: Opérations cadastrales—Subdivision et redivision—"Ajouté"» (1973), 75 *R. du N.* 546, à la p. 548; Bélanger, «La description légale d'un emplacement» (1981), 83 *R. du N.* 517, à la p. 573.)

As the cadastre must be updated for registration purposes, subdivision also helps to reduce the risk of confusion in this area. When it becomes effective, a separate index of immovables is prepared for each subdivided lot to record acts affecting it. If subdivision did not exist, acts relating to all the parcels created from the same original lot would be entered on the index for that lot. Determining exactly what rights affect each parcel would then be a very onerous operation, in view of the large number of entries that might be made on a subdivided lot. The purpose of subdivision is therefore also to facilitate keeping the real estate register.

A real right is a legal relationship between a person and a thing: it gives its holder a direct and immediate legal power over the thing, a power which he exercises without intermediary. If principal (the right of ownership and its components), it relates to the physical aspect of the thing; if accessory (such as an hypothec, pledge or privilege), it concerns the monetary value of the thing as a guarantee of the performance of a principal obligation. The attributes of the real right are the right of pursuit and the right of preference, as well as possession and the right of abandonment.

A cadastral operation is obviously not a real right: it creates no legal relationship between a person and a thing and confers on its originator no right of preference or right of pursuit. Subdivision as such does not in any way alter the rights of the owner of the original lot: he is quite free to subdivide his lot without giving up his right of ownership. Subdivision only substitutes several lots on the cadastre where previously there was only one. No real right is thus created, altered or extinguished. It is only when the owner transfers one of the subdivided lots that a real right will arise.

As subdivision is not a real right arts. 2082 *et seq.* cannot in my view be applied to determine priority between the rights of the parties. Respondent still maintained that art. 2083 governs the matter because subdivision is "subject to be regis-

Comme le cadastre doit être tenu à jour aux fins de l'enregistrement, la subdivision permet en outre de réduire les risques de confusion dans ce domaine. En effet, dès son entrée en vigueur, chaque lot de subdivision fait l'objet d'un index des immeubles distinct sur lequel sont inscrits les actes qui l'affectent. Si la subdivision n'existait pas, les actes relatifs à tous les morcellements provenant d'un même lot originaire seraient inscrits à l'index de ce lot. La constatation de l'état des droits grevant chacune des parcelles serait alors une tâche des plus ardue, compte tenu de la multiplicité des inscriptions que comporterait un lot morcellé. La subdivision a donc également pour but de faciliter la tenue du registre foncier.

Pour sa part, le droit réel est un lien de droit entre une personne et une chose; il confère à son titulaire un pouvoir juridique direct et immédiat sur la chose, pouvoir qui s'exerce sans aucun intermédiaire. S'il est principal (droit de propriété et ses démembrements), il porte sur la matérialité même de la chose; accessoire (p. ex. hypothèque, nantissement et privilège), il vise la valeur pécuniaire de la chose comme garantie de l'exécution d'une obligation principale. Le droit réel comporte comme attributs le droit de suite et le droit de préférence, ainsi que la possession et la faculté d'abandon.

De toute évidence, une opération cadastrale n'est pas un droit réel: elle ne crée aucun lien de droit entre une personne et une chose, et ne confère à son auteur ni droit de préférence, ni droit de suite. La subdivision comme telle ne modifie en rien les droits du propriétaire du lot originaire; il lui est tout à fait loisible de subdiviser son lot sans se départir de sa propriété. La subdivision ne fait que substituer au cadastre plusieurs lots là où auparavant il n'y en avait qu'un seul. De ce fait, aucun droit réel ne prend naissance, n'est modifié ou éteint. Ce n'est que si le propriétaire transfère l'un des lots de subdivision qu'un droit réel entrera en jeu.

Comme la subdivision n'est pas un droit réel, on ne peut selon moi appliquer les art. 2082 et suiv. pour déterminer la priorité entre les droits des parties. L'intimé soutient malgré tout que l'art. 2083 règle le litige, parce que la subdivision est

tered” under art. 2175 C.C. In his submission this article provides that registration must be made by deposit in accordance with arts. 2132 *et seq.* This argument cannot be upheld, as I see nothing in art. 2175 providing for registration. When registration of an act is required, it is done in clear and express terms, as can be seen from the many articles of the *Civil Code* dealing with this matter. The “deposit” of a certified plan is not synonymous with registration by deposit, but rather means filing, handing over, forwarding. Additionally, this “deposit” is done in the Minister’s office, and the Minister in turn forwards a copy certified by him to the registrar. Registration cannot take place by deposit in the Minister’s office, and the legislator certainly did not intend to make the Minister responsible for registration on behalf of the owner.

Respondent further relied on the wording of s. 14 of the *Cadastre Act* as a basis for arguing that the subdivision must be registered:

14. As soon as any subdivision or redivision plan, accompanied by a book of reference, has been deposited in his office, the registrar shall note in the index to immovables, under the number of the original lot or of the subdivision or redivision, the fact that such lot has been subdivided or redivided, in whole or in part, as the case may be.

The plan which is “deposited” in the registrar’s office is not deposited as the result of a registration by deposit, as respondent appeared to think, but as the result of the forwarding of a certified copy of the plan by the Minister. At the risk of repeating myself, such a deposit is not a registration. Section 14 further imposes on the registrar a duty to make a notation on the index of the original lot to inform persons concerned of the fact of the subdivision. It cannot be inferred from this duty imposed on the registrar that the owner also has a duty to register the cadastral operation he has undertaken. Moreover, paragraph 3 of art. 2129a C.C. expressly provides that the depositing of a subdivision plan does not constitute registration.

2129a. The deposit of a plan in the registry office in virtue of an act requiring it is considered as a registration of such plan and treated as such.

«soumise à la formalité de l’enregistrement» en raison de l’art. 2175 C.c. D’après lui, cet article prévoit que l’enregistrement doit se faire par dépôt, selon les art. 2132 et suiv. Cette prétention ne saurait tenir, car je ne vois rien dans l’art. 2175 qui prescrive l’enregistrement. Lorsque le législateur veut imposer l’enregistrement d’un acte, il le fait en termes clairs et exprès, comme en témoignent les nombreux articles du *Code civil* portant sur le sujet. Le «dépôt» du plan certifié n’est pas synonyme d’enregistrement par dépôt, mais signifie plutôt production, remise, transmission. De plus, ce «dépôt» se fait au bureau du ministre, lequel transmet à son tour une copie certifiée par lui au registrateur. Il ne peut y avoir d’enregistrement par dépôt au bureau du ministre, et le législateur n’a sûrement pas voulu charger le ministre d’un enregistrement pour le compte du propriétaire.

L’intimé s’appuie en outre sur le texte de l’art. 14 de la *Loi sur le cadastre* pour prétendre que la subdivision doit être enregistrée:

14. Dès qu’un plan de subdivision ou redivision, accompagné d’un livre de renvoi a été déposé à son bureau, le registrateur doit annoter dans l’index aux immeubles, sous le numéro du lot originaire, ou de la subdivision ou redivision, le fait que ce lot a été subdivisé ou redivisé, en tout ou en partie, selon le cas.

Le plan qui est «déposé» au bureau du registrateur ne l’est pas à la suite d’un enregistrement par dépôt, comme semble le croire l’intimé, mais bien à la suite de la transmission par le ministre d’une copie certifiée du plan. Au risque de me répéter, ce dépôt n’est pas un enregistrement. L’article 14 impose de plus au registrateur l’obligation d’annoter l’index du lot originaire pour informer les intéressés du fait de la subdivision. On ne peut inférer de cette obligation du registrateur que le propriétaire a de son côté l’obligation d’enregistrer l’opération cadastrale qu’il effectue. D’ailleurs, le troisième alinéa de l’art. 2129a C.c. prévoit expressément que le dépôt d’un plan de subdivision ne constitue pas un enregistrement.

2129a. Le dépôt d’un plan fait au bureau d’enregistrement en vertu d’une loi qui l’exige constitue un enregistrement de ce plan et est traité comme tel.

The plan must be accompanied with a notice showing the description of the immovable contemplated therein in accordance with the prescriptions of article 2168.

This provision does not include deposits of plans contemplated in articles 2166 to 2176c and in the *Cadastre Act* (Revised Statutes, 1941, chapter 320).

In short, since subdivision is not a "real right subject to be registered", there is no reason to apply the rules of preference stated in arts. 2082 *et seq.* of the *Civil Code* to determine the rights of the parties at bar. Such a determination must be made in light of the rules governing subdivision.

A subdivision takes place in accordance with art. 2175 C.C. and the provisions of Division III of the *Cadastre Act*. Under article 2175 an owner must prepare a certified subdivision plan which he submits for approval by the Minister of Energy and Resources. If the Minister approves it, he then forwards a copy of this plan to the registrar and to the clerk or secretary-treasurer of the municipality. In the opinion of commentators a subdivided lot is effective for registration purposes on the date this plan is deposited in the registry office (Marler, *The Law of Real Property* (1932), at p. 576; Charron, "Plans et cadastres: leur mise en vigueur et leurs effets sur les titres" (1974), 76 *R. du N.* 345, at p. 356; Bélanger, "Le régistrateur québécois" (1982), 84 *R. du N.* 499, at p. 537).

When the plan has been deposited, and hence after the subdivided lot has become effective, s. 14 of the *Cadastre Act* imposes on the registrar a duty to make a notation on the index of the original lot. The registrar is no doubt required to carry out this administrative formality so as to inform interested third parties, and he will be liable if his failure to do so causes prejudice to anyone. However, this formality is not essential to the validity of the subdivision, as respondent maintained, since the subdivision already became effective when the plans were received in the registry office. The subdivision is therefore complete as soon as the registrar receives the plans approved by the Minister, with all the consequences that result therefrom.

Ce plan doit être accompagné d'un avis indiquant la description de l'immeuble qui y est visé suivant les prescriptions de l'article 2168.

Cette disposition ne comprend pas les dépôts de plans visés par les articles 2166 à 2176c et par la Loi du cadastre (Statuts refondus, 1941, chapitre 320).

En somme, puisque la subdivision n'est pas un «droit réel soumis à la formalité de l'enregistrement», il n'y a pas lieu d'appliquer les règles de préférence édictées aux art. 2082 et suiv. du *Code civil* pour déterminer les droits des parties en l'espèce. Cette détermination doit se faire à la lumière des principes relatifs à la subdivision.

La subdivision se fait sous l'autorité de l'art. 2175 C.c. et des dispositions de la section III de la *Loi sur le cadastre*. Selon l'article 2175, le propriétaire doit établir un plan de subdivision certifié qu'il soumet à l'approbation du ministre de l'Énergie et des Ressources. S'il l'approuve, le ministre transmet ensuite une copie de ce plan au registraire, ainsi qu'au greffier ou au secrétaire-trésorier de la municipalité. Selon les auteurs, le lot de subdivision entre en vigueur, pour les fins de l'enregistrement, à la date du dépôt de ce plan au bureau d'enregistrement (Marler, *The Law of Real Property* (1932), à la p. 576; Charron, «Plans et cadastres: leur mise en vigueur et leurs effets sur les titres» (1974), 76 *R. du N.* 345, à la p. 356; Bélanger, «Le régistrateur québécois» (1982), 84 *R. du N.* 499, à la p. 537).

Une fois le plan déposé, donc après l'entrée en vigueur du lot de subdivision, l'art. 14 de la *Loi sur le cadastre* impose au registraire l'obligation d'annoter l'index du lot originaire. Assurément, le registraire est tenu d'accomplir cette formalité administrative pour informer les tiers intéressés, et il engage sa responsabilité si sa non-exécution cause préjudice à quelqu'un. Toutefois, il ne s'agit pas d'une formalité essentielle à la validité de la subdivision, comme le soutient l'intimé, puisque celle-ci est déjà entrée en vigueur au moment de la réception des plans au bureau d'enregistrement. La subdivision est donc parfaite dès que le registraire reçoit les plans approuvés par le ministre, avec toutes les conséquences que cela comporte.

In particular, s. 15 of the *Cadastre Act* provides that once a subdivision has been made the designation given to the subdivided lots will be a true description of those lots:

15. Whenever a subdivision or a redivision has been made, the particular number and designation given to each lot, upon the plan and in the book of reference of such division or redivision, shall be the true description of such subdivided lots respectively, and shall be sufficient as such in any document; and the provisions of article 2168 of the Civil Code shall apply to the lots of such subdivision or redivision.

As article 2168 C.C. applies to subdivided lots, any act registered after the subdivision must include the number and designation given to those lots by the owner:

2168. ...

As soon as such plans and books of reference have been deposited and notice thereof has been given, notaries passing acts concerning immoveables indicated on such plan are bound to designate such immoveables by the number given to them upon such plan and in the book of reference, in the manner above prescribed; in default of such designation the registration does not affect the lot in question, unless there is filed for registration a notice indicating the number on the plan and book of reference as being that of the lot intended to be affected by such registration.

The effect of this article is that the title registered without the official designation of a lot does not affect the immovable and confers no right which can be set up against third parties. This is the rule recognized by this Court in *St-Gelais v. Banque de Montréal*, [1968] S.C.R. 183. Mr. Bélanger is of the same opinion in "Le régistrateur québécois", loc. cit., at p. 509:

[TRADUCTION] 552. To ensure that cadastral documents will be used, the legislator provided that a registered document affects an immovable only if that document indicates the cadastral number or contains a legal description of the immovable which is to be affected by the registration.

553. In strictly legal terms, a document not containing a legal description of the immovable which a party purports to affect does not affect that immovable even when it is entered on the index of immovables.

Notamment, l'article 15 de la *Loi sur le cadastre* édicte qu'une fois la subdivision faite, la désignation donnée aux lots de subdivision constitue l'exacte description de ces lots:

^a 15. Lorsqu'une subdivision ou redivision a été faite, le numéro spécial et la désignation donnés à chaque lot sur le plan et dans le livre de renvoi de cette subdivision ou redivision, constituent l'exacte description de ces lots subdivisés respectivement, laquelle est suffisante dans tout document; et les dispositions de l'article 2168 du Code civil s'appliquent aux lots de cette subdivision ou redivision.

^c Comme l'article 2168 C.c. s'applique aux lots de subdivision, tout acte enregistré postérieurement à la subdivision doit comporter le numéro et la désignation que le propriétaire a donnés à ces lots:

2168. ...

^d Aussitôt après que le dépôt de tel plan et livre de renvoi a été fait et qu'il en a été donné avis, les notaires sont tenus, en rédigeant les actes concernant les immeubles indiqués sur tel plan, de désigner ces immeubles par le numéro qui leur est donné sur le plan et dans le livre de renvoi, de la manière prescrite ci-dessus; à défaut de telle désignation l'enregistrement ne peut affecter le lot en question, à moins qu'il ne soit enregistré un avis indiquant le numéro sur le plan et livre de renvoi comme étant celui du lot qu'on veut affecter par tel enregistrement.

^g Par l'effet de cet article, le titre enregistré sans la désignation officielle d'un lot n'affecte pas l'immeuble et ne confère aucun droit opposable aux tiers. C'est le principe que cette Cour a reconnu dans l'arrêt *St-Gelais v. Banque de Montréal*, [1968] R.C.S. 183. Voici en outre ce qu'écrit M^e Bélanger dans «Le régistrateur québécois», loc. cit., à la p. 509:

ⁱ 552. Pour assurer l'utilisation des documents cadastraux, le législateur énonça que le document enregistré n'affectait un immeuble que si ce document indiquait le numéro cadastral ou contenait une description légale de l'immeuble qu'on voulait affecter par cet enregistrement.

^j 553. Au plan strictement juridique, le document qui ne contient pas une description légale de l'immeuble qu'on prétend affecter, même lorsqu'il est inscrit sur l'index des immeubles, n'affecte pas cet immeuble.

(See to the same effect *Marler*, *op. cit.*, at p. 576, and *Lamontagne*, "Questions d'enregistrement" (1982), 84 *R. du N.* 407, at pp. 414-15.) Accordingly, as the original lot ceased to exist when the subdivided lots became effective, the registrations containing the designation of the original lot are invalid and do not affect that lot: *Economic Realty Ltd. v. Benoît*, [1946] C.S. 81.

In the case at bar the subdivision has been in effect since the plans were deposited in the registry office. Thus, the registrations made by respondent on original lots 5 and 6 are invalid so far as appellants are concerned: as the acts registered by respondent do not contain the official designation of the subdivided lots, those registrations do not affect them. Only the acts registered by appellants and containing the number and designation of the subdivided lots can be set up against third parties claiming rights to those lots. As far as appellants are concerned, it is the official number of the lot which must prevail against a number which no longer exists. Respondent clearly cannot claim any right in appellants' lots, since none of the acts he registered affects those lots. In my view, the appeal must therefore be allowed and the trial judgment restored.

At the hearing, respondent made a motion to file a cross-appeal regarding liability of the mis en cause registrar. Since the Court of Appeal upheld respondent's primary argument, it did not rule on this alternative conclusion. In view of the tardiness of this motion, I feel it should be dismissed. The trial judge further concluded that there was no evidence of the damages caused by the registrar's failure: I do not think there is any reason to alter that conclusion.

For all these reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellants: Jack Bobrove, Montréal.

Solicitor for the respondent: Sergio Tucci, Montréal.

Solicitors for the mis en cause: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

(Voir au même effet *Marler*, *op. cit.*, à la p. 576, et *Lamontagne*, «Questions d'enregistrement» (1982), 84 *R. du N.* 407, aux pp. 414 et 415.) Par conséquent, le lot originaire ayant cessé d'exister lors de l'entrée en vigueur des lots de subdivision, les enregistrements contenant la désignation du lot originaire sont inopérants et n'affectent pas ce lot: *Economic Realty Ltd. v. Benoît*, [1946] C.S. 81.

En l'espèce, la subdivision est en vigueur depuis le dépôt des plans au bureau d'enregistrement. Ainsi, les enregistrements effectués par l'intimé sur les lots originaires 5 et 6 sont inopérants dans la mesure où les appelants sont concernés; comme les actes qu'il a enregistrés ne comportent pas la désignation officielle des lots de subdivision, ces enregistrements ne les affectent pas. Seuls les actes enregistrés par les appelants et contenant le numéro et la désignation des lots de subdivision sont opposables aux tiers qui revendiquent des droits sur ces lots. À leur égard, c'est le numéro officiel du lot qui doit prévaloir à l'encontre d'un numéro qui n'existe plus. L'intimé ne saurait prétendre à aucun droit dans les lots des appelants, puisque aucun des actes qu'il a enregistrés n'affecte ces lots. À mon avis, l'appel doit donc être accueilli et le jugement de première instance rétabli.

À l'audience, l'intimé a présenté une requête pour former un pourvoi incident quant à la responsabilité du registrateur mis en cause. La Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur cette conclusion subsidiaire de l'intimé, puisqu'elle lui a donné gain de cause sur son moyen principal. Vu sa tardiveté, je suis d'avis que cette requête doit être rejetée. De plus, le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait aucune preuve des dommages causés par l'omission du registrateur; je ne crois pas qu'il soit opportun de modifier cette conclusion.

Pour tous ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des appelants: Jack Bobrove, Montréal.

Procureur de l'intimé: Sergio Tucci, Montréal.

Procureurs du mis en cause: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Federal Business Development Bank
Appellant

v.

Commission de la santé et de la sécurité du travail *Respondent*

and

Prothonotary of Superior Court, Québec district *Mis en cause*

and

Workers' Compensation Board of Alberta and Workers' Compensation Board of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: FEDERAL BUSINESS DEVELOPMENT BANK
v. QUEBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA
SÉCURITÉ DU TRAVAIL)

File No.: 19858.

1988: March 24; 1988: May 26.

Present: Beetz, Estey*, Lamer, Wilson, Le Dain,
La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Bankruptcy — Debt priority — Liquidation of property of bankrupt in possession of secured creditor outside bankruptcy — Whether to apply provisions of Bankruptcy Act indicating order of priority for payment of creditors or provisions of provincial law governing order of collocation — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 47, 49(2), 107 — Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3, s. 110(1).

In its capacity as appellant's mandatary, a trustee took possession of the debtor's immovable because the debtor did not meet its obligations to appellant. Three months later, the debtor made an assignment of all its property in accordance with the provisions of the *Bankruptcy Act*. The trustee brought a hypothecary action in the civil division of the Superior Court to have the immovable of the debtor sold by the court. The trustee in bankruptcy did not appear. Before the sale, respondent registered a privilege against the immovable under s. 110 of the *Workmen's Compensation Act*. Once the immovable had been sold, the deputy prothonotary prepared an order of distribution in accordance with the

* Estey J. took no part in the judgment.

Banque fédérale de développement *Appelante*

c.

La Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intimée*

et

Le protonotaire de la Cour supérieure du district de Québec *Mis en cause*

et

Le Workers' Compensation Board de l'Alberta et le Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT
c. QUÉBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA
SÉCURITÉ DU TRAVAIL)

N° du greffe: 19858.

1988: 24 mars; 1988: 26 mai.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, Lamer, Wilson,
Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite — Priorité des créances — Liquidation de l'immeuble du failli en possession d'un créancier garanti en dehors du cadre de la faillite — Doit-on appliquer les dispositions de la Loi sur la faillite prévoyant l'ordre de paiement des créances ou les dispositions du droit provincial régissant l'ordre de collocation? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 47, 49(2), 107 — Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3, art. 110(1).

Un fiduciaire, en sa qualité de mandataire de l'appelante, a pris possession de l'immeuble de la débitrice parce que cette dernière n'a pas respecté ses obligations envers l'appelante. Trois mois plus tard, la débitrice a fait une cession de tous ses biens, conformément aux dispositions de la *Loi sur la faillite*. Le fiduciaire a intenté, devant la division civile de la Cour supérieure, une action hypothécaire pour faire vendre en justice l'immeuble de la débitrice. Le syndic n'a pas comparu à l'action. Avant la vente, l'intimée a enregistré, en vertu de l'art. 110 de la *Loi sur les accidents du travail*, un privilège sur cet immeuble. Une fois l'immeuble vendu, le protonotaire adjoint a dressé l'ordre de collocation

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

rules of provincial law: respondent was placed fourth and appellant seventh. Appellant then challenged the scheme of collocation, alleging that it should have been prepared in accordance with the provisions of the *Bankruptcy Act*. Its action was allowed by the Superior Court but the Court of Appeal reversed the judgment and approved the order of collocation fixed by the deputy prothonotary.

Held: The appeal should be allowed.

Once the bankruptcy occurs the provisions of the *Bankruptcy Act* apply to all creditors and their claims must be ranked in the order fixed by the Act. As Parliament has exclusive jurisdiction to set priorities in a bankruptcy matter, a provincial statute cannot override the scheme of distribution set out in the federal statute. In the case at bar, respondent's claim is covered by s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Respondent is a preferred creditor whose debt must be ranked after that of appellant.

Section 107 is applicable regardless of the fact that the trustee took possession of the debtor's property before the bankruptcy and realized on his security outside the bankruptcy proceeding. The trustee who takes possession of the property is only a creditor under a pledge; he cannot claim a right of ownership over the asset. The immovable, encumbered to appellant and seized by the trustee, is part of the bankrupt's estate and is "property of a bankrupt" within the meaning of ss. 47 and 107 of the *Bankruptcy Act*.

Cases Cited

Applied: *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; **disapproved:** *Re Rosenberg, Zeller and Rosenberg* (1948), 29 C.B.R. 103; *Manufacture de seaux et de boîtes de Trois-Rivières v. Béliveau* (1920), 30 K.B. 389; *In re Centre de golf Mont Pelier Inc.: Hébert v. Trust général du Canada*, Mtl. C.A., No. 09-000498-72, March 22, 1974; **referred to:** *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7; *General Trust of Canada v. Roland Chalifoux Ltée*, [1962] S.C.R. 456; *In re Sérabec Ltée: Place Desjardins Inc. et Perras, Fafard, Gagnon Inc.*, [1985] C.A. 212; *Re Broydon Printers Ltd.* (1975), 19 C.B.R. (N.S.) 226; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2 "property", 12(11), 47, 49, 57, 98, 101, 102, 107(1).
Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3, s. 110(1).

selon les règles du droit provincial: l'intimée est classée au quatrième rang et l'appelante au septième. L'appelante a alors contesté l'état de collocation, alléguant que celui-ci aurait dû être dressé en vertu des dispositions de la *Loi sur la faillite*. Sa contestation a été accueillie en Cour supérieure, mais la Cour d'appel a infirmé le jugement et ratifié l'ordre de collocation établi par le protonotaire adjoint.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Dès que survient la faillite, les dispositions de la *Loi sur la faillite* s'appliquent à tous les créanciers du failli et leurs réclamations doivent être colloquées selon l'ordre établi par cette loi. Le Parlement ayant compétence exclusive pour déterminer les priorités en cas de faillite, une loi provinciale ne peut aller à l'encontre du plan de répartition prévu à la loi fédérale. En l'espèce, la réclamation de l'intimée est prévue à l'al. 107(1)h) de la *Loi sur la faillite*. L'intimée est un créancier privilégié dont la créance doit être colloquée après celle de l'appelante.

L'article 107 est applicable peu importe que le fiduciaire ait ou non pris possession des biens de la débitrice avant la faillite et réalisé sa garantie en dehors de la procédure de faillite. Le fiduciaire qui prend possession des biens est un simple créancier gagiste; il ne devient pas propriétaire de l'actif. L'immeuble, grevé en faveur de l'appelante et saisi par le fiduciaire, fait donc partie du patrimoine du failli et est un «bien du failli» au sens des art. 47 et 107 de la *Loi sur la faillite*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; **arrêts critiqués:** *Re Rosenberg, Zeller and Rosenberg* (1948), 29 C.B.R. 103; *Manufacture de seaux et de boîtes de Trois-Rivières v. Béliveau* (1920), 30 B.R. 389; *In re Centre de golf Mont Pelier Inc.: Hébert c. Trust général du Canada*, C.A. Mtl., n° 09-000498-72, 22 mars 1974; **arrêts mentionnés:** *Laliberté v. Larue*, [1931] R.C.S. 7; *General Trust of Canada v. Roland Chalifoux Ltée*, [1962] R.C.S. 456; *In re Sérabec Ltée: Place Desjardins Inc. et Perras, Fafard, Gagnon Inc.*, [1985] C.A. 212; *Re Broydon Printers Ltd.* (1975), 19 C.B.R. (N.S.) 226; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176.

Lois et règlements cités

Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3, art. 110(1).
Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2 «biens», 12(11), 47, 49, 57, 98, 101, 102, 107(1).

Authors Cited

Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy Law of Canada*, vol. 1. Toronto: Carswells, 1984.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec, [1986] R.J.Q. 633, setting aside a judgment of the Superior Court¹. Appeal allowed.

P. Michel Bouchard and *Michel Cordeau*, for the appellant.

Pierre Lessard and *Albert Bohémier*, for the respondent.

Patrick G. Yearwood, for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta.

Gerald W. Massing, for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—The rules governing the liquidation of the property of a bankrupt and the distribution of the proceeds of sale of that property as part of a bankruptcy proceeding are contained in the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3. The federal Parliament has exclusive jurisdiction to determine the status and rank of creditors claiming in the bankruptcy proceeding. That is in effect what this Court held in *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785 (hereinafter *Deloitte*); but what happens when a secured creditor takes advantage of s. 49(2) of the Act and proceeds to liquidate his security outside the bankruptcy proceeding? In such a case, must one apply the provisions of the Bankruptcy Act specifying the order of priority for the payment of creditors or the provisions of provincial law governing the order of collocation? That is the issue raised by the appeal at bar.

¹ Sup. Ct. (District of Québec), No. 200-05-005299-826, October 21, 1983.

Doctrine citée

Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy Law of Canada*, vol. 1. Toronto: Carswells, 1984.

^a POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 633, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure¹. Pourvoi accueilli.

^b *P. Michel Bouchard* et *Michel Cordeau*, pour l'appelante.

^c *Pierre Lessard* et *Albert Bohémier*, pour l'intimée.

^d *Patrick G. Yearwood*, pour l'intervenant le Workers' Compensation Board de l'Alberta.

^e *Gerald W. Massing*, pour l'intervenant le Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique.

^e Le jugement de la Cour a été rendu par

^f LE JUGE LAMER—Les règles qui régissent la liquidation des biens d'un failli et la distribution du produit de la vente de ces biens dans le cadre d'une procédure de faillite se retrouvent à la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3. Le Parlement fédéral a compétence exclusive pour déterminer le statut et le rang des créanciers qui sont colloqués dans la procédure de faillite. C'est en effet ce qu'a décidé cette Cour dans l'affaire *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785 (ci-après l'arrêt *Deloitte*). Mais qu'arrive-t-il lorsqu'un créancier garanti se prévaut du par. 49(2) de la Loi et procède à la liquidation de sa garantie en dehors du cadre de la faillite? Dans un tel cas, doit-on appliquer les dispositions de la Loi sur la faillite prévoyant l'ordre de priorité de paiement des créanciers, ou les dispositions du droit provincial régissant l'ordre de collocation? C'est la question que soulève le présent pourvoi.

¹ C.S. (district de Québec), n° 200-05-005299-826, 21 octobre 1983.

I

I

Facts

On August 14, 1979, Structal Inc. entered into a trust deed with the Royal Trust Company to secure the payment of a bond for \$1,800,000 issued to appellant. In July 1982, as Structal Inc. did not meet its obligations, the Royal Trust Company took possession of the debtor's property in its capacity as trustee and mandatary of appellant. Three months later, Structal Inc. made an assignment of all its property, in accordance with the provisions of the *Bankruptcy Act*. Royal Trust, acting as trustee, brought a hypothecary action in the civil division of the Superior Court to have the immovables of Structal Inc. sold by the Court. The trustee in bankruptcy did not appear and Royal Trust was authorized to proceed with the judicial sale of the property. Before the sale took place, respondent registered a privilege under s. 110 of the *Workmen's Compensation Act*, R.S.Q., c. A-3, on the immovables owned by Structal Inc. Section 110(1) provides:

110. (1) The amount of any assessment or compensation for which an employer is liable shall constitute a privileged claim on all the moveable and immoveable property of such employer and of the principal contemplated by subsection 3 of section 11 of this act, ranking immediately after law costs without registration.

The debtor's immovables were sold in June 1983. The deputy prothonotary prepared an order of distribution in accordance with the rules of Quebec law; respondent ranked fourth and appellant seventh. Appellant challenged the scheme of collocation, alleging that it should have been prepared in accordance with the relevant provisions of the *Bankruptcy Act*, in particular the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act. The action was allowed by the Superior Court. Respondent appealed this decision and the Court of Appeal allowed the appeal, approving the order of collocation prepared by the deputy prothonotary: hence the appeal to this Court.

Les faits

Le 14 août 1979, Structal Inc. consent à la Compagnie Trust Royal un acte de fiducie pour garantir le paiement d'une obligation de 1 800 000 \$ émise en faveur de l'appelante. Au mois de juillet 1982, Structal Inc. n'ayant pas respecté ses obligations, la Compagnie Trust Royal, en sa qualité de fiduciaire et de mandataire de l'appelante, prend possession des biens de la débitrice. Trois mois plus tard, Structal Inc. fait une cession de la totalité de ses biens, conformément aux dispositions de la *Loi sur la faillite*. Agissant à titre de fiduciaire, la Compagnie Trust Royal intente, devant la division civile de la Cour supérieure, une action hypothécaire pour faire vendre en justice les immeubles de Structal Inc. Le syndic ne comparaît pas à l'action et le fiduciaire est autorisé à procéder à la vente en justice des biens. Avant le déroulement de la vente, l'intimée enregistre, en vertu de l'art. 110 de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q., chap. A-3, un privilège sur les immeubles appartenant à Structal Inc. Le paragraphe premier de l'art. 110 énonce:

110. 1. Le montant de toute cotisation ou compensation auquel peut être tenu l'employeur constitue une réclamation privilégiée sur tous les biens meubles et immeubles de cet employeur et du principal visé par le paragraphe 3 de l'article 11 de la présente loi, prenant rang immédiatement après les frais de justice sans enregistrement.

Les biens immobiliers de la débitrice sont vendus en justice en juin 1983. Le protonotaire adjoint dresse l'ordre de distribution selon les règles du droit québécois; l'intimée est colloquée au quatrième rang, tandis que l'appelante vient au septième rang. Cette dernière conteste l'état de collocation, alléguant que celui-ci aurait dû être dressé en vertu des dispositions pertinentes de la *Loi sur la faillite*, notamment selon le plan de répartition prévu à l'art. 107 de la Loi. Sa contestation est accueillie en Cour supérieure. L'intimée en appelle de cette décision et la Cour d'appel lui donne raison, ratifiant l'ordre de collocation établi par le protonotaire adjoint. D'où le pourvoi devant cette Cour.

II

Judgments

In the opinion of Côté J. of the Superior Court, as he then was, the scheme of collocation prepared by the deputy prothonotary should have complied with the order of distribution set out in s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*. He considered that the immovable encumbered by the trust deed is, within the meaning of s. 47 of the Act, "property of the bankrupt" which vests in the trustee in bankruptcy. The hypothecary action brought by Royal Trust and authorized by s. 49(2) of the Act does not deprive the trustee in bankruptcy of his rights to the proceeds of the judicial sale of the property. If such proceeds exceed the amount of the secured debt, the trustee in bankruptcy is entitled to the surplus. In the judge's view, once the bankruptcy occurs the provisions of the *Bankruptcy Act* apply. Accordingly in the case at bar respondent is no longer a secured creditor but a preferred creditor ranked according to s. 107(1)(h) of the Act. The judge accordingly altered the order of distribution, quashing the collocation made in respondent's favour.

In reasons written by Tyndale J.A., the Court of Appeal took the opposite view and restored the scheme of distribution prepared by the deputy prothonotary: [1986] R.J.Q. 633. In its opinion, by taking possession of the property and bringing a hypothecary civil action Royal Trust was acting as a secured creditor unrelated to the bankruptcy. The right to possession, administration and disposal of the property belongs to Royal Trust: this right has never been transferred to the trustee in bankruptcy. Section 107 of the *Bankruptcy Act* therefore cannot govern the distribution of the proceeds of sale of property possessed by Royal Trust. The decisions in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 (hereinafter *Re Bourgault*), and *Deloitte, supra*, are not conclusive because, in the Court's view, the facts of each case can readily be distinguished. As all the proceedings and the court sale took place outside the bankruptcy, the Court of Appeal considered that only the rules of provincial law are relevant. Respondent's debt should therefore rank fourth in priority, ahead of appellant's hypothecary debt.

II

Les jugements

Le juge Côté de la Cour supérieure, maintenant juge en chef associé, est d'avis que l'état de collocation dressé par le protonotaire adjoint aurait dû respecter l'ordre de distribution prévu au par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. Il estime que l'immeuble grevé en vertu de l'acte de fiducie est, au sens de l'art. 47 de la Loi, un «bien du failli» dont le syndic a la saisine. L'action hypothécaire instituée par le fiduciaire et autorisée par le par. 49(2) de la Loi ne dépouille pas le syndic des droits qu'il détient sur le produit de la vente en justice du bien. En effet, si cette vente rapporte plus que le montant de la créance garantie, le syndic a droit au surplus. Selon le juge, dès que survient la faillite, les dispositions de la *Loi sur la faillite* entrent en jeu. Aussi, en l'espèce, l'intimée n'est-elle plus un créancier garanti, mais un créancier privilégié qui prend le rang prévu à l'al. 107(1)(h) de la Loi. Le juge modifie donc l'ordre de distribution en annulant la collocation faite au profit de l'intimée.

Dans les motifs rédigés par le juge Tyndale, la Cour d'appel adopte un avis contraire et rétablit le plan de répartition dressé par le protonotaire adjoint: [1986] R.J.Q. 633. Selon elle, en prenant possession des biens et en instituant une action civile hypothécaire, le fiduciaire agissait à titre de créancier garanti étranger à la faillite. Le droit à la possession, à l'administration et à la disposition des biens appartient au fiduciaire; ce droit n'a jamais été transféré au syndic. L'article 107 de la *Loi sur la faillite* ne peut dès lors régir la distribution du produit de la vente des biens dont le fiduciaire a possession. Les arrêts *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après l'arrêt *Re Bourgault*), et *Deloitte*, précité, ne sont pas déterminants car, selon la Cour, on peut facilement établir des distinctions au niveau des faits de chaque affaire. Comme toutes les procédures et la vente en justice se sont déroulées en marge de la faillite, la Cour d'appel estime que seules les règles de droit provincial sont pertinentes. La créance de l'intimée doit donc être colloquée au quatrième rang, de préférence à la créance hypothécaire de l'appelante.

III

III

Law

The issue at bar arises from the fact that the provisions which may apply originate at two legislative levels, federal and provincial, and lead to opposing solutions. If the provincial law rules prevail, respondent is a secured creditor and its debt ranks before that of the trustee. If on the other hand the *Bankruptcy Act* has priority, the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act determines the priority ranking. According to the decision of this Court in *Deloitte, supra*, respondent would then lose the benefit of its privilege and become merely a preferred creditor, since its claim is dealt with by s. 107(1)(h) as follows:

107. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

(h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* or the *Income War Tax Act* creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, *pari passu*;

In this Court respondent argued, *inter alia*, that the order of priority set out in s. 107 of the *Bankruptcy Act* is not applicable, as the immovable in Royal Trust's possession at the time of the bankruptcy was not part of the estate which passed to the trustee in bankruptcy. In respondent's submission property of a bankrupt within the meaning of s. 107 of the Act only includes property in the possession of the trustee in bankruptcy free of any encumbrance. This argument is based on the position taken by Houlden and Morawetz, who interpret s. 107 as follows:

Section 107 makes provision for the order of priority of the claims of the persons named therein, in the distribution of the property of the debtor. It is confined to those assets which come into the trustee's hands free from any encumbrance and are available for distribution among the unsecured creditors.

Le droit

En l'occurrence, le litige découle du fait que les dispositions susceptibles de recevoir application émanent des deux ordres législatifs, fédéral et provincial, et mènent à des solutions divergentes. Si les règles du droit québécois doivent prévaloir, l'intimée est un créancier garanti et sa créance est colloquée avant celle du fiduciaire. Par ailleurs, si la *Loi sur la faillite* a préséance, le plan de répartition prévu à l'art. 107 de cette loi détermine l'ordre de collocation. Selon la décision rendue par cette Cour dans *Deloitte*, précité, l'intimée perd alors l'avantage de son privilège et devient un simple créancier privilégié, puisque sa réclamation est prévue à l'al. 107(1)h) ainsi libellé:

107. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli doivent être distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

h) toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur l'assurance-chômage, d'une disposition quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* créant une obligation de rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été déduites ou retenues, *pari passu*;

Devant nous, l'intimée soutient notamment que l'ordre de priorité prévu à l'art. 107 de la *Loi sur la faillite* est inapplicable, car l'immeuble en la possession du fiduciaire lors de la faillite ne fait pas partie du patrimoine dont est saisi le syndic. D'après l'intimée, les biens du failli, au sens de l'art. 107 de la Loi, ne comprennent que les biens dont le syndic a la saisine et qui sont libres de toute charge. Cette prétention se fonde sur la position adoptée par les auteurs Houlden et Morawetz, qui interprètent l'art. 107 comme suit:

[TRADUCTION] L'article 107 prévoit l'ordre de priorité des créances des personnes y mentionnées dans la distribution des biens du débiteur et ne vise que les biens qui ne sont grevés d'aucune charge et que le syndic peut en conséquence distribuer aux créanciers non garantis.

(*Bankruptcy Law of Canada* (1984), vol. 1, at p. G-71.)

Some decided cases have in fact followed this line of approach (see for example, *Re Rosenberg, Zeller and Rosenberg* (1948), 29 C.B.R. 103 (Ont. S.C.); *Manufacture de seaux et de boîtes de Trois-Rivières v. Béliveau* (1920), 30 K.B. 389). In *In re Centre de golf Mont Pellier Inc.: Hébert v. Trust général du Canada*, Mtl. C.A., No. 09-000498-72, March 22, 1974, the Court of Appeal held that the rights of a trustee who has already taken possession of the debtor's assets are not affected by the occurrence of a bankruptcy. The following passage from the judgment accurately reflects this point of view (at pp. 13-14):

[TRANSLATION] ... before becoming bankrupt, the company had lost possession of the property assigned and hypothecated under the trust deed ... the right to dispose of this property and the right to its possession were no longer part of its estate and therefore did not form part of the estate in the possession of the trustee ...

With respect, I cannot accept this reasoning. The immovable, encumbered to appellant and seized by the trustee, is part of the "property of a bankrupt" mentioned in s. 107 of the *Bankruptcy Act*. Under s. 2 of the Act, the word "property" includes immovables situated in Canada or elsewhere. The phrase "property of a bankrupt" is also defined in s. 47 of the *Bankruptcy Act*:

47. The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under the laws of the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides,

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

(*Bankruptcy Law of Canada* (1984), vol. 1, à la p. G-71.)

Un certain courant jurisprudentiel a effectivement suivi cette ligne de pensée (par exemple: *Re Rosenberg, Zeller and Rosenberg* (1948), 29 C.B.R. 103 (S.C. Ont.), *Manufacture de seaux et de boîtes de Trois-Rivières v. Béliveau* (1920), 30 B.R. 389). Dans l'affaire *In re Centre de golf Mont Pellier Inc.: Hébert c. Trust général du Canada*, C.A. Mtl., n° 09-000498-72, 22 mars 1974, la Cour d'appel a statué que les droits d'un fiduciaire qui a déjà pris possession des éléments d'actifs du débiteur ne sont pas affectés par la survenance d'une faillite. Le passage suivant du jugement traduit fidèlement cette opinion (aux pp. 13 et 14):

... antérieurement à la mise en faillite de la compagnie, celle-ci avait perdu la saisine des biens cédés et hypothéqués en vertu de l'acte de fiducie, [...] le droit de disposer de ces biens et le droit à leur possession ne faisaient plus partie de son patrimoine et n'étaient par conséquent pas entrés dans le patrimoine dont le syndic fut saisi ...

Avec égards, je ne puis me rallier à ce raisonnement. L'immeuble, grevé en faveur de l'appelante et saisi par le fiduciaire, fait partie des «biens du failli» dont parle l'art. 107 de la *Loi sur la faillite*. Selon l'art. 2 de la Loi, le mot «biens» inclut les immeubles situés au Canada ou ailleurs. D'autre part, l'expression «biens du failli» est définie à l'art. 47 de la *Loi sur la faillite*:

47. Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne,

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime de lois de la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli,

mais ils comprennent:

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération, et

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

These two definitions clearly show that the immovable in the case at bar is property of the bankrupt within the meaning of the *Bankruptcy Act*. Even if the trustee takes possession of the immovable before the bankruptcy, the bankrupt remains owner of his property. The trustee who has seized an encumbered immovable cannot claim to have a right of ownership over that property: he has only the rights of a creditor under a pledge or hypothec. This Court has ruled this way twice in *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7, and *General Trust of Canada v. Roland Chalifoux Ltée*, [1962] S.C.R. 456. Under s. 47 of the *Bankruptcy Act*, the fact that property is owned by the bankrupt at the time of the bankruptcy is sufficient to make it part of the bankrupt's estate and for it to pass to the trustee in bankruptcy automatically. Thus the immovable is "property of the bankrupt" within the meaning of s. 47 of the Act, regardless of the rights conferred on the trustee by the security. Several decisions bear out my view on this point. In *In re Sérabec Ltée: Place Desjardins Inc. et Perras, Fafard, Gagnon Inc.*, [1985] C.A. 212, the Quebec Court of Appeal held that the taking of possession of property by a trustee did not in any way affect ownership of that property. The appellant in that case was arguing that the immovable seized by the trustee before the bankruptcy had become the trustee's property and was no longer part of the bankrupt's estate. I agree with the Court of Appeal's description of the rights of the trustee (at p. 221):

[TRANSLATION] In my opinion, the taking of possession changed nothing as regards ownership of the property.

The right of a trustee if he is not paid is to have the property sold and to be paid from the proceeds.

Taking of possession and administration are only stages preliminary to realizing on the guarantee.

In another case, *Re Broydon Printers Ltd.* (1975), 19 C.B.R. (N.S.) 226 (Ont. S.C.), the trustee in bankruptcy informed the secured creditor of his intention to inspect the property held by the latter. Section 57 of the *Bankruptcy Act* authorizes the trustee in bankruptcy to proceed with the inspection of the "property of a bank-

Il résulte clairement de ces deux définitions qu'en l'espèce l'immeuble est un bien du failli au sens où l'entend la *Loi sur la faillite*. En effet, même si le fiduciaire prend possession de l'immeuble avant la faillite, le débiteur failli demeure propriétaire de son bien. Le fiduciaire qui a saisi l'immeuble grevé ne peut prétendre détenir un droit de propriété sur ce bien; il ne possède que les droits d'un créancier gagiste ou hypothécaire. Cette Cour s'est d'ailleurs prononcée en ce sens à deux reprises dans les arrêts *Laliberté v. Larue*, [1931] R.C.S. 7, et *General Trust of Canada v. Roland Chalifoux Ltée*, [1962] R.C.S. 456. Aux termes de l'art. 47 de la *Loi sur la faillite*, il suffit que le bien appartienne au failli au moment de la faillite pour qu'il fasse partie du patrimoine de ce dernier et soit automatiquement dévolu au syndic. Aussi l'immeuble constitue-t-il un bien du failli au sens de l'art. 47 de la Loi et ce, peu importe les droits que la garantie confère au fiduciaire. Plusieurs décisions viennent en outre corroborer mon avis à cet égard. Dans *In re Sérabec Ltée: Place Desjardins Inc. et Perras, Fafard, Gagnon Inc.*, [1985] C.A. 212, la Cour d'appel du Québec a statué que la prise de possession des biens par le fiduciaire n'affecte en rien la propriété de ces biens. Dans cette cause, l'appelante prétendait que l'immeuble saisi par le fiduciaire avant la faillite était devenu la propriété de celui-ci et ne faisait plus partie du patrimoine du failli. Je suis d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle décrit les droits que détient le fiduciaire (à la p. 221):

À mon point de vue, la prise de possession n'a rien changé quant à la propriété des biens.

En effet, le droit du fiduciaire, s'il n'est pas payé, c'est de faire vendre les biens et d'être payé à même le produit.

La prise de possession et l'administration ne sont que des étapes préliminaires en vue de la réalisation de la garantie.

Dans une autre affaire, *Re Broydon Printers Ltd.* (1975), 19 C.B.R. (N.S.) 226 (C.S. Ont.), le syndic a avisé le créancier garanti de son intention d'examiner les biens détenus par celui-ci. L'article 57 de la *Loi sur la faillite* permet au syndic de procéder à l'inspection des «biens du failli» détenus à titre de gage, nantissement ou autre garantie,

rupt” held as a pledge, pawn or other security, in order to determine whether such property represents an interest that may be realized for the creditors as a whole. The secured creditor denied the trustee in bankruptcy permission to inspect the said property. The Court defined the phrase “property of a bankrupt . . . held as . . . other security” (at pp. 228-29):

. . . I do not think s. 57 is intended to be restricted to property in the nature of a pledge or pawn. Rather, I believe the section is wide enough to include property of the bankrupt which is in the possession of a secured creditor at the date of bankruptcy. If this were not so, the trustee would be unable to protect the rights of creditors in respect of such property.

It is thus impossible for me to accept respondent’s argument that s. 107 of the *Bankruptcy Act* cannot apply here, as the immovable at issue is not property of the bankrupt. In my view, though this immovable was held by the trustee at the time of the bankruptcy, it is property of the bankrupt within the meaning of s. 47, and thus of s. 107 of the Act—to the extent of course that these provisions are applicable.

The issue then is to determine what legislation, provincial or federal, applies here. A problem of the same type came before this Court in *Re Bourgault* and *Deloitte*, *supra*. In *Re Bourgault*, this Court held that in a bankruptcy matter s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* determines the priority of any claim covered by that provision. A provincial statute cannot override the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act. To borrow the words of Pigeon J. (at p. 44), “Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority”. Similarly, the majority of the Court in *Deloitte* held that a creditor who holds a privilege under a provincial statute cannot claim the status of a secured creditor within the meaning of the *Bankruptcy Act* so as to avoid the order of distribution of s. 107 of the Act. In the event of bankruptcy, priorities are exclusively a matter for federal jurisdiction.

afin de vérifier si ces biens représentent un intérêt réalisable pour la masse des créanciers. Le créancier garanti a refusé au syndic la permission d’examiner lesdits biens. La Cour a ainsi défini la portée de l’expression «biens d’un failli [. . .] détenus à titre [. . . d’une] autre garantie» (aux pp. 228 et 229):

[TRADUCTION] . . . je ne pense pas que l’art. 57 soit censé s’appliquer uniquement aux biens constituant un gage ou un nantissement. Je crois plutôt que cet article est de portée suffisamment large pour comprendre les biens du failli qui se trouvent à la date de la faillite en la possession d’un créancier garanti. S’il n’en était pas ainsi, le syndic se verrait dans l’impossibilité de protéger les droits des créanciers sur ces biens.

En conséquence, il m’est impossible de souscrire à la prétention de l’intimée selon laquelle l’art. 107 de la *Loi sur la faillite* ne peut ici recevoir application, l’immeuble en cause n’étant pas un bien du failli. À mon avis, cet immeuble, même s’il était détenu par le fiduciaire lors de la faillite, est un bien du failli au sens de l’art. 47 et, partant, de l’art. 107, dans la mesure, bien entendu, où ces dispositions sont applicables.

Il convient donc de déterminer quelle législation—provinciale ou fédérale—s’applique en l’occurrence. Un problème de même nature s’était soulevé devant nous dans les affaires *Re Bourgault* et *Deloitte*, précitées. Dans *Re Bourgault*, cette Cour a statué qu’en cas de faillite, l’al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* détermine la priorité de toute réclamation prévue à cette disposition. La loi provinciale ne peut aller à l’encontre du plan de répartition établi à l’art. 107 de la Loi. Pour reprendre les paroles du juge Pigeon, à la p. 44, «[l]e législateur fédéral a entendu mettre sur [un] pied d’égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité.» Continuant dans la même voie, la majorité de la Cour, dans l’affaire *Deloitte*, a conclu qu’un créancier qui détient un privilège en vertu d’une loi provinciale ne peut revendiquer le statut de créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite* pour éviter de se soustraire à l’ordre de distribution de l’art. 107 de la Loi. En cas de faillite, les priorités relèvent exclusivement de la compétence fédérale.

Respondent maintained that these two cases should be distinguished on the facts from the appeal at bar and that they are therefore not conclusive here. Respondent noted that in those cases, unlike the case at bar, no trustee or any secured creditor took possession of the property before the bankruptcy; the immovables subject to a privilege thus automatically passed to the trustee in bankruptcy. Moreover, respondent added that the point now at issue differs fundamentally from that raised in *Re Bourgault* and *Deloitte*. In those cases the Court had to decide whether creditors holding privileges under provincial statutes were secured creditors within the meaning of the *Bankruptcy Act*. In the case at bar respondent is not claiming the status of a secured creditor within the meaning of the *Bankruptcy Act*. Instead respondent is arguing that, as the hypothecated property was liquidated outside the bankruptcy proceeding, without involvement by the trustee in bankruptcy, the solution must be sought not in federal but in Quebec law. Respondent added that, as the trustee chose to realize his security himself outside the bankruptcy, he must bear the consequences of that choice and accept the order of collocation determined by provincial statutes.

While it is appealing this argument does not convince me. The secured creditor did liquidate his security outside the bankruptcy proceeding. However, it must be kept in mind that it is the *Bankruptcy Act* itself which authorizes him to act in this way. Section 49(2) of the Act provides that "a secured creditor may realize or otherwise deal with his security in the same manner as he would have been entitled to realize or deal with it" if s. 49(1) had not had the effect of staying proceedings brought by creditors of the debtor. It is therefore wrong to suggest that the *Bankruptcy Act* does not apply to a creditor who chooses to realize his security outside the bankruptcy proceeding. Sections 49, 57, 98, 101 and 102 of the Act, which deal with secured creditors in this context, only reinforce this opinion.

L'intimée soutient que ces deux arrêts se distinguent du présent pourvoi sur la base des faits, et qu'ils ne sont donc pas déterminants en l'espèce. Elle souligne que dans ces affaires, contrairement aux cas qui nous occupe, aucune prise de possession des biens n'avait été effectuée avant la faillite par un fiduciaire ou un autre créancier garanti; les immeubles grevés d'un privilège ont ainsi été automatiquement dévolus au syndic. Par ailleurs, l'intimée ajoute que la présente question en litige diffère essentiellement de celle qui se soulevait dans les arrêts *Re Bourgault* et *Deloitte*. Dans ces causes, la Cour devait décider si les créanciers jouissant de privilèges en vertu de lois provinciales étaient des créanciers garantis au sens de la *Loi sur la faillite*. Or, en l'occurrence, l'intimée ne revendique pas le statut de créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite*. Elle prétend plutôt que, la liquidation du bien hypothéqué s'étant déroulée en dehors de la procédure de faillite, sans intervention du syndic, la solution au litige doit être recherchée, non pas dans la loi fédérale, mais dans le droit québécois. L'intimée ajoute que, le fiduciaire ayant choisi de réaliser lui-même sa garantie en marge de la faillite, il doit accepter les conséquences qui découlent de ce choix et, partant, se soumettre à l'ordre de collocation établi par les lois provinciales.

Malgré son attrait, cette prétention ne me convainc pas. Certes, le créancier garanti a liquidé sa garantie en dehors de la procédure de faillite. Toutefois, il ne faut pas oublier que c'est la *Loi sur la faillite* elle-même qui lui donne l'autorisation d'agir ainsi. Le paragraphe 49(2) de la Loi prévoit qu'"un créancier peut réaliser sa garantie ou autrement en disposer de la même manière qu'il aurait eu droit de la réaliser ou d'en disposer" si le par. 49(1) n'avait pas pour effet de suspendre les procédures intentées par les créanciers du débiteur. Il est donc faux de prétendre que la *Loi sur la faillite* ne s'applique pas au créancier qui choisit de réaliser sa garantie en dehors de la procédure de faillite. Les articles 49, 57, 98, 101 et 102 de la Loi, qui traitent du créancier garanti dans ce contexte, ne font que me renforcer dans cette opinion.

Further, the failure of the trustee in bankruptcy to act cannot be taken as meaning that he has waived his right in the immovable property owned by the bankrupt. For such a waiver to be valid, it must meet the conditions specified by s. 12(11) of the Act, which is not the case here. Under the *Bankruptcy Act* the trustee in bankruptcy has several powers and rights which he may exercise over property encumbered by a security. For example, he may inspect property held "as a pledge, pawn or other security"; he may prevent a secured creditor from realizing his security before he has a reasonable opportunity to inspect the property and exercise his right of redemption (s. 57); the trustee in bankruptcy may also ask the court to order a creditor to stay realization on his security (s. 49). In my opinion, even if a trustee in bankruptcy does not exercise these rights and powers, the application of the *Bankruptcy Act* is not thereby precluded.

In any event, I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking in s. 107 of the Act, and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority. In *Deloitte*, Wilson J., for the majority, accepted the reasoning and conclusions adopted in *Re Bourgault*, *supra*, and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176 (N.S.S.C.), and held that those cases determined the matter. In this regard she said (at p. 806):

With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in the section. [Emphasis added.]

D'autre part, on ne peut inférer de l'inaction du syndic une renonciation à son droit dans le bien immobilier appartenant au failli. Pour qu'une telle renonciation soit valide, elle doit répondre aux conditions prescrites au par. 12(11) de la Loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le syndic possède, en vertu de la *Loi sur la faillite*, plusieurs pouvoirs et droits qu'il peut exercer à l'endroit des biens grevés d'une garantie. Par exemple, il peut examiner les biens détenus «à titre de gage, nantissement ou autre garantie»; il peut empêcher le créancier garanti de réaliser sa garantie avant qu'il ait eu une occasion raisonnable d'inspecter les biens et d'exercer son droit de rachat (art. 57); le syndic peut également s'adresser au tribunal pour qu'il ordonne au créancier de surseoir à la réalisation de sa garantie (art. 49). Selon moi, même si le syndic n'exerce pas ces droits et pouvoirs, l'application de la *Loi sur la faillite* ne s'en trouve pas pour autant écartée.

De toute manière, j'estime que les décisions rendues dans *Re Bourgault* et *Deloitte* tranchent le pourvoi de façon déterminante. Le principe qui se dégage de ces arrêts est le suivant: en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application. S'il y a faillite, l'ordre de collocation est établi selon les priorités prévues à l'art. 107 de la Loi, et toute créance mentionnée à cette disposition doit donc être colloquée selon le rang prescrit. Dans *Deloitte*, le juge Wilson, au nom de la majorité, souscrit au raisonnement et aux conclusions adoptées dans les affaires *Re Bourgault*, précitée, et *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176 (N.S.S.C.), et déclare que ces arrêts règlent le litige. À ce sujet, elle dit (à la p. 806):

Avec égards, dans les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne le pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. [Je souligne.]

It is clear in light of this passage that respondent's arguments cannot be upheld.

IV

Conclusion

I therefore consider that the claims of the parties to the case must be ranked in the order determined by the *Bankruptcy Act*. As the federal Parliament has exclusive jurisdiction to set priorities in a bankruptcy matter, the scheme of distribution in s. 107 of the *Bankruptcy Act* must be applied here. As respondent's claim was covered by s. 107(1)(h) of the Act, respondent is a preferred creditor whose claim must be ranked after that of appellant, whether or not the trustee realized on his security outside the bankruptcy proceeding. Once the bankruptcy has occurred, the federal statute applies to all creditors of the debtor.

It is true that such a solution may encourage secured creditors to bring about the bankruptcy of their debtor in order to improve their title. On the other hand, this solution has obvious advantages. As soon as the bankruptcy occurs the *Bankruptcy Act* will be applied: the mere fact that a creditor is mentioned in s. 107 of the Act suffices for such creditor to be ranked as a preferred creditor and in the position indicated in that provision. As provincial statutes cannot affect the priorities created by the federal statute, consistency in the order of priority in bankruptcy situations is ensured from one province to another.

For all these reasons, the appeal is allowed and the judgment of the Superior Court restored with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Hickson, Sirois, Martin & Blanchard, Sillery.

Solicitors for the respondent: Lafontaine, Chayer, Cliche & Associés, Québec.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta: Patrick G. Yearwood, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia: Gerald W. Massing, Richmond.

À la lumière de ce passage, il est manifeste que les prétentions de l'intimée ne sauraient prévaloir.

IV

Conclusion

En conséquence, je suis d'avis que les réclamations des parties au litige doivent être colloquées selon l'ordre établi à la *Loi sur la faillite*. Le Parlement fédéral ayant compétence exclusive pour déterminer les priorités en cas de faillite, le plan de répartition de l'art. 107 de la *Loi sur la faillite* doit ici recevoir application. La réclamation de l'intimée étant prévue à l'al. 107(1)(h) de la Loi, cette dernière est un créancier privilégié dont la créance doit être colloquée après celle de l'appellante, peu importe que le fiduciaire ait ou non réalisé sa garantie en dehors de la procédure de faillite. Dès que survient la faillite, la loi fédérale s'applique à tous les créanciers du débiteur.

Il est vrai qu'une telle solution peut inciter des créanciers garantis à provoquer la faillite de leur débiteur en vue de bonifier leur titre. Par contre, cette solution présente des avantages évidents. Dès la survenance de la faillite, la *Loi sur la faillite* reçoit application; la seule mention d'un créancier à l'art. 107 de la Loi suffit pour que celui-ci soit colloqué à titre de créancier privilégié et au rang prévu à cette disposition. Comme les lois provinciales ne peuvent porter atteinte aux priorités créées par la loi fédérale, l'ordre de collocation bénéficie donc, en cas de faillite, d'une certaine uniformité d'une province à l'autre.

Pour tous ces motifs, l'appel est accueilli et le jugement de la Cour supérieure est rétabli avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appellante: Hickson, Sirois, Martin & Blanchard, Sillery.

Procureurs de l'intimée: Lafontaine, Chayer, Cliche & Associés, Québec.

Procureur de l'intervenant le Workers' Compensation Board de l'Alberta: Patrick G. Yearwood, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique: Gerald W. Massing, Richmond.

**Minister of Health and Community Services
(formerly the Minister of Social Services)
Appellant**

v.

C. (G. C.) Respondent

and

C. (T. L.) and C. (S. J. D.) Intervenors

INDEXED AS: NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH
AND COMMUNITY SERVICES) v. C. (G. C.)

File No.: 20753.

1988: May 2; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson and
L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

*Family law — Guardianship order — Best interests
of children — Moral turpitude and naming of prospec-
tive adoptive parents not among elements set out by
statute for determining child's best interests — Wheth-
er Court of Appeal properly substituted custody order
for guardianship order — Family Services Act, S.N.B.
1980, c. F.-2.2, ss. 1, 53(2), 56(1).*

The general issue in this appeal was whether it was
appropriate for the welfare and protection of two of
respondent's children, who had been in protective care,
to grant appellant guardianship rather than custody.
Appellant's application for guardianship had been
denied by the trial judge at the first hearing but was
granted on a second application, some ten months later,
after a review of the evidence. The Court of Appeal
allowed an appeal from that decision, set aside the
guardianship order and substituted a custody order. The
questions arising out of that Court's judgment which
were addressed by this Court were (a) whether the
concept of moral turpitude is persuasive under the pro-
visions of the *Family Services Act*, and (b) whether the
Minister when applying for a guardianship order must
name the adoptive parents as part of his long term plans.

Held: The appeal should be allowed.

Neither moral turpitude nor the naming of the adop-
tive parents are included in the Act's definition of best

**Ministre de la Santé et des Services
communautaires (auparavant le ministre des
Services sociaux) Appellant**

^a c.

C. (G. C.) Intimée

et

^b **C. (T. L.) et C. (S. J. D.) Intervenantes**

RÉPERTORIÉ: NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE
DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) c.
C. (G. C.)

^c N° du greffe: 20753.

1988: 2 mai; 1988: 26 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
McIntyre, Wilson et L'Heureux-Dubé.

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

*Droit de la famille — Ordonnance de tutelle —
Intérêt supérieur des enfants — Turpitude morale et
désignation des parents adoptifs possibles non compri-
ses parmi les éléments énoncés par la loi pour détermi-
ner l'intérêt supérieur de l'enfant — La Cour d'appel
a-t-elle eu raison de remplacer l'ordonnance de tutelle
par une ordonnance de garde? — Loi sur les services à
la famille, L.N.-B. 1980, chap. F.-2.2, art. 1, 53(2),
56(1).*

La question d'ordre général soulevée dans le présent
pouvoi est de savoir s'il est indiqué pour le bien-être et
la protection de deux enfants de l'intimée qui avaient été
placés en foyer d'accueil, d'en accorder la tutelle plutôt
que la garde à l'appelant. La demande de tutelle de
l'appelant a été rejetée par le juge de première instance
à la première audition mais a été accordée à l'occasion
de la seconde demande, environ dix mois plus tard, après
un examen de la preuve. La Cour d'appel a accueilli un
appel de cette décision, a annulé l'ordonnance de tutelle
et l'a remplacée par une ordonnance de garde. Les
questions découlant de cet arrêt qui ont été posées à
cette Cour sont de savoir a) si le concept de la turpitude
morale est l'un des éléments à retenir aux termes des
dispositions de la *Loi sur les services à la famille* et b)
si, lors d'une demande de tutelle, le Ministre est obligé
de divulguer le nom des parents adoptifs dans le cadre
de ses projets à longs termes.

^j *Arrêt:* Le pouvoi est accueilli.

Ni la turpitude morale ni la désignation des parents
adoptifs ne sont comprises dans la définition que donne

interests of the child which is the paramount consideration established by s. 53(2) when disposing of an application for guardianship. Moral turpitude of parents in the context of the parent-child relationship, while it may be one of the relevant factors in assessing the child's best interests, is not an element predicated the grant of a guardianship order. To import into the Act a burden of proof of parental moral turpitude, which the Act itself does not require, fails to recognize other situations contemplated by the Act in which children can find themselves in need of protection and in which their security and development is at risk.

Although guardianship may have more permanent and serious consequences than custody, the Act provides some means for the conservation of the relationship between the child and its natural parent or guardian when in the former's best interests. The Minister has discharged the burden of proof of showing the propriety of the measure.

The naming of specific adoptive parents upon a guardianship application is contrary to public policy as enunciated in the *Family Services Act*. No such requirement is found in the Act. It would thwart the thrust of the Act in the direction of family reunification and would rob the adoption process both of its anonymity and of its underlying rationale that adoptive parents have the opportunity to realize their full capacity as parents uninterrupted and without interference by the natural parents.

Cases Cited

Referred to: *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *Novic v. Novic*, [1983] 1 S.C.R. 696, aff'd on reconsideration [1983] 1 S.C.R. 700; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737; *In re Agar: McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52; *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273; *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. M.(L.)*, [1988] N.B.J. No. 132; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. H.(C.)*, [1988] N.B.J. No. 27.

Statutes and Regulations Cited

Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F.-2.2 [as am. S.N.B. 1983, c. 16], ss. 1, 53(1)(b), (2), 56(1), (3), 60(b), (3), (6), 85(2)(a).

la Loi de l'intérêt supérieur de l'enfant qui constitue la considération la plus importante aux termes du par. 53(2) lorsqu'on statue sur une demande de tutelle. Bien que la turpitude morale des parents dans le contexte des rapports des parents avec les enfants puisse constituer l'un des facteurs pertinents pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant, il ne s'agit pas d'un élément appuyant la délivrance d'une ordonnance de tutelle. Importer dans la Loi un fardeau de la preuve de turpitude morale des parents que la Loi elle-même n'exige pas, est faire abstraction d'autres situations que la Loi envisage dans lesquelles les enfants peuvent avoir besoin de protection et leur sécurité et leur développement sont compromis.

Bien que la tutelle puisse avoir des conséquences plus permanentes et plus graves que la garde, la Loi prévoit certains moyens pour préserver le lien qui existe entre l'enfant et ses parents naturels ou son tuteur lorsque c'est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Ministre s'est déchargé du fardeau de démontrer que la mesure est appropriée.

La désignation précise des parents adoptifs dans une demande de tutelle est contraire à la politique générale énoncée dans la *Loi sur les services à la famille*. La Loi ne prévoit aucune exigence de ce genre. Ce serait contraire au but de la Loi qui vise la réunification de la famille et enlèverait au processus d'adoption son caractère anonyme et sa raison d'être fondamentale selon laquelle les parents adoptifs doivent avoir l'occasion de réaliser leur potentiel comme parents sans interruption et sans ingérence de la part des parents naturels.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Novic c. Novic*, [1983] 1 R.C.S. 696, conf. après réexamen [1983] 1 R.C.S. 700; *Racine c. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892; *Hepton v. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] R.C.S. 737; *In re Agar: McNeilly v. Agar*, [1958] R.C.S. 52; *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273; *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. M.(L.)*, [1988] N.B.J. n° 132; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. H.(C.)*, [1988] N.B.J. n° 27.

Lois et règlements cités

Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, chap. F.-2.2 [mod. L.N.-B. 1983, chap. 16], art. 1, 53(1)(b), (2), 56(1), (3), 60(b), (3), (6), 85(2)(a).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal, [1987] N.B.J. No. 1029, [1988] W.D.F.L. 062, allowing an appeal from a judgment of Richard C.J.Q.B. Appeal allowed.

Catherine A. Jack, for the appellant.

Weldon J. Furlotte, for the respondent.

Judith F. MacPherson, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The issue in this appeal is whether it is appropriate for the welfare and protection of two of respondent's children, Tracy Lynn Church and Shawna Jennifer Dawn Church, respectively born in 1983 and 1975 and in protective care since October 1985, to grant guardianship rather than custody to appellant. The crucial point to be decided is the burden of proof required on an application by the Minister for guardianship pursuant to the provisions of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F.-2.2, as amended by S.N.B. 1983, c. 16, hereinafter referred to as "the Act".

On March 29, 1985, the trial judge had refused an application by the appellant for the guardianship of the two children on the basis that, although "a difficult and borderline decision", the Minister "had not met the burden of proof and that there was still a chance to preserve the family unit" of respondent and her two daughters. On January 14, 1986, on a second application, after reviewing the evidence, the same judge rendered judgment granting a guardianship order under s. 56(1) of the Act:

56(1) The court may make a guardianship order transferring from a parent to the Minister on a permanent basis the guardianship of a child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child.

He concluded this time:

It is clear that Mrs. C. is incapable of fulfilling her responsibilities for the care, supervision and personal development of her children and that even her presence

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, [1987] N.B.J. n° 1029, [1988] W.D.F.L. 062, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge en chef Richard de la Cour du Banc de la Reine. Pourvoi accueilli.

Catherine A. Jack, pour l'appellant.

Weldon J. Furlotte, pour l'intimée.

Judith F. MacPherson, pour les intervenantes.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La question que soulève le présent pourvoi est de déterminer si, pour le bien-être et la protection de deux des enfants de l'intimée, Tracy Lynn Church et Shawna Jennifer Dawn Church, nées respectivement en 1983 et 1975 et placées en foyer d'accueil depuis octobre 1985 en vertu d'une mesure de protection, il est indiqué d'accorder à l'appellant la tutelle plutôt que la garde de ces enfants. Le cœur du litige porte sur le fardeau de preuve requis du Ministre sur une demande de tutelle présentée en vertu des dispositions de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, chap. F.-2.2, modifiée par L.N.-B. 1983, chap. 16, ci-après appelée «la Loi».

Le 29 mars 1985, le juge de première instance a rejeté une demande de l'appellant en vue d'obtenir la tutelle des deux enfants au motif que, bien qu'il se soit agi [TRADUCTION] d'«une décision difficile et d'un cas limite», le Ministre [TRADUCTION] «ne s'était pas déchargé du fardeau de preuve et il existait toujours une chance de maintenir l'unité familiale» de l'intimée et de ses deux filles. Le 14 janvier 1986, à l'occasion d'une deuxième demande, le même juge, après avoir examiné la preuve, rendait une ordonnance de tutelle aux termes du par. 56(1) de la Loi:

56(1) La cour peut rendre une ordonnance de tutelle en vertu de laquelle un parent transfère à titre permanent au Ministre la tutelle d'un enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l'égard de l'enfant.

Il concluait cette fois:

[TRADUCTION] Il est clair que M^{me} C. est incapable d'assumer ses responsabilités en matière de garde, de surveillance et de développement personnel de ses

with or around the children is detrimental to their "best interest".

This is no longer a difficult or borderline case. The evidence is overwhelming and cries for a solution, i.e. the granting of a guardianship order. It is granted.

By judgment dated November 16, 1987, the New Brunswick Court of Appeal allowed the appeal, set aside the guardianship order and substituted a custody order: [1987] N.B.J. No. 1029, [1988] W.D.F.L. 062. It is from this judgment that leave to appeal was granted.

Angers J.A., writing for the Court of Appeal, stated that he had "no difficulty in accepting the conclusions of the trial judge that [respondent was] incapable of taking care of her children". On that basis he "would have [had] no difficulty in upholding an order for permanent wardship" of those children to the Minister under the previous statute. Nevertheless "under the present statutory scheme", he would not do so. In his view, because a guardianship order under the new statute transferred to the Minister "all parental rights", the burden of proof on the Minister was a much more stringent one which he described as follows:

Before the *Family Services Act*, it was necessary, in order to divest a person of all parental rights, to show that by reason of moral turpitude or abdication of parental rights, the person had forfeited his or her rights to the child. See the *Director of Child Welfare v. B.M.(B.)D.*, (1982) 37 N.B.R. (2d) 334 and *S.A. v. Minister of Social Services*, (1982) 40 N.B.R. (2d) 252.

I do not wish to say that the concept of abdication of parental right or moral turpitude has survived the *Family Services Act*. The concept was the product of good sense and while not a requirement in the new legislation its history must give it some weight. Obviously it cannot be determinative but it is persuasive. Today we are more concerned with children's rights than with parents' rights and let it be so. But we must be conscious that most children as they grow older will seek their natural parents; it is a feature of the consanguinity.

enfants et que même sa présence avec les enfants ou près de ceux-ci nuit à leur «intérêt supérieur».

Il ne s'agit plus désormais d'une affaire difficile ou d'un cas limite. La preuve est accablante et exige une solution, c'est-à-dire la délivrance d'une ordonnance de tutelle. Celle-ci est accordée.

Dans un arrêt en date du 16 novembre 1987, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a accueilli l'appel, annulé l'ordonnance de tutelle et lui a substitué une ordonnance de garde: [1987] N.B.J. n° 1029, [1988] W.D.F.L. 062. C'est à l'encontre de cet arrêt que l'autorisation de pourvoi a été accordée.

Le juge Angers, au nom de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «accepte facilement les conclusions du juge de première instance selon lesquelles [l'intimée était] incapable de prendre soin de ses enfants». Sur la base de ces faits, il [TRADUCTION] «n'aurait eu aucune difficulté à confirmer l'ordonnance de tutelle permanente de ces enfants» en faveur du Ministre en vertu de l'ancienne loi. Néanmoins, [TRADUCTION] «sous le régime législatif actuel», il était incapable de le faire. À son avis, parce qu'une ordonnance de tutelle aux termes de la nouvelle loi transfère au Ministre «tous les droits [...] de parent», le fardeau de preuve qui lui incombe est beaucoup plus exigeant. Il le décrit ainsi:

[TRADUCTION] Avant la *Loi sur les services à la famille*, il était nécessaire, pour attribuer à une personne tous les droits des parents, de démontrer que, par turpitude morale ou abdication des droits des parents, la personne avait perdu ses droits à l'égard de l'enfant. Voir *Director of Child Welfare v. B.M.(B.)D.*, (1982) 37 N.B.R. (2d) 334 et *S.A. v. Minister of Social Services*, (1982) 40 N.B.R. (2d) 252.

Ceci n'implique pas que le concept d'abdication des droits des parents ou de turpitude morale a survécu à la *Loi sur les services à la famille*. Le concept découlait du bon sens et, bien qu'il ne constitue pas une exigence de la nouvelle loi, en raison de son caractère historique il faut lui accorder une certaine force. De toute évidence, il n'est pas déterminant mais il est convaincant. Aujourd'hui, nous sommes plus préoccupés par les droits des enfants que par ceux des parents et c'est ainsi. Toutefois, nous devons être conscients du fait que la plupart des enfants chercheront en vieillissant à retrouver leurs parents naturels; c'est une caractéristique de la consanguinité. Il s'agit certainement d'éléments dont on doit

Surely these are elements to be considered in determining what is in the best interests of every child.

There was some evidence of the Minister's plans for the long-term security and development of the children but the trial Judge did not refer to these plans in his reasons for judgment. The Minister intends to place the children together for adoption. In the meantime they are to remain in a foster home. The evidence showed these intentions but there is nothing to indicate that these intentions will be realized, not even on a balance of probabilities. Not even the names of the intended adoptive parents are known. [Emphasis added.]

Both the appellant and the intervener on behalf of the children took issue with those two statements as being contrary to the letter and the spirit of the Act. They also stressed, and rightly so, that trial judges' decisions, particularly in matters of family law, should not be interfered with lightly by appellate courts absent an error in principle, a failure to consider all relevant factors, a consideration of an irrelevant factor or a lack of factual support for the judgment (*Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *Novic v. Novic*, [1983] 1 S.C.R. 696, aff'd on reconsideration [1983] 1 S.C.R. 700; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173, and more recently *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892).

The questions to be addressed by this Court are therefore:

- (a) whether the concept of moral turpitude is persuasive under the provisions of the *Family Services Act*; and,
- (b) whether the Minister when applying for a guardianship order must name the adoptive parents as part of his long term plans.

At the outset, it is clear that neither of these criteria is to be found in the wording of the Act which sets out as the sole criterion the "best interests of the child" as reflected in s. 53(2) of the Act:

tenir compte pour déterminer ce qui constitue l'intérêt supérieur de chaque enfant.

Il y avait certains éléments de preuve portant sur les projets du Ministre en matière de sécurité et de développement à long terme des enfants, mais le juge de première instance n'a pas mentionné ces projets dans ses motifs de jugement. Le Ministre a l'intention de placer les enfants ensemble en vue de leur adoption. Entre temps, ils doivent demeurer dans un foyer d'accueil. La preuve a révélé ces intentions mais rien n'indique qu'elles seront réalisées, pas même suivant la prépondérance des probabilités. On ne connaît même pas les noms des parents adoptifs possibles. [Je souligne.]

L'appelant et le procureur des enfants à titre d'intervenant ont fait valoir que ces deux déclarations étaient contraires à la lettre et à l'esprit de la Loi. Ils ont également souligné, à bon droit, que les décisions de première instance, particulièrement en matière de droit de la famille, ne devraient pas être modifiées à la légère par les cours d'appel sauf en cas d'erreur de principe, défaut d'examiner tous les facteurs pertinents, considération d'un facteur qui n'est pas pertinent ou absence de faits à l'appui du jugement (*Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621, *Novic c. Novic*, [1983] 1 R.C.S. 696, conf. après réexamen [1983] 1 R.C.S. 700, *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, et plus récemment *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892).

Les questions soumises à cette Cour sont en conséquence:

- a) Le concept de turpitude morale est-il l'un des éléments à retenir aux termes des dispositions de la *Loi sur les services à la famille*?
- b) Lors d'une demande de tutelle, le Ministre est-il obligé de divulguer le nom des parents adoptifs dans le cadre de ses projets à long terme?

Tout d'abord, il est clair qu'aucun de ces critères ne se retrouve dans le texte de la Loi qui énonce comme seul critère «l'intérêt supérieur de l'enfant» comme le prévoit le par. 53(2) de la Loi:

53(2) When disposing of an application under this Part the court shall at all times place above all other considerations the best interests of the child.

Section 1 of the Act defines the “best interests of the child” as follows:

1 In this Act

“best interests of the child” means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration

(a) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;

(b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;

(c) the effect upon the child of any disruption of the child’s sense of continuity;

(d) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child’s custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child;

(e) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with this parents;

(f) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and

(g) the child’s cultural and religious heritage;

These provisions are in line with legislation adopted by most if not all provinces and with the most recent decisions of this Court. In the words of Wilson J., speaking for a unanimous Court in *Racine v. Woods, supra*, at p. 174:

... the law no longer treats children as the property of those who gave them birth but focuses on what is in their best interests.

Dealing with the first issue, while moral turpitude of parents in the context of their relationship with their children may be one of the relevant factors in assessing the best interests of the child, on a proper construction of the statute it is not a

53(2) Lorsqu’elle statue sur une demande en application de la présente Partie, la cour doit à tout moment placer l’intérêt supérieur de l’enfant au-dessus de toute autre considération.

L’article premier de la Loi définit l’«intérêt supérieur de l’enfant» de la manière suivante:

1 Dans la présente loi

«intérêt supérieur de l’enfant» désigne l’intérêt supérieur de l’enfant dans les circonstances, compte tenu

a) de l’état de santé mentale, affective et physique de l’enfant et du besoin qu’il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;

b) des vues et préférences de l’enfant lorsqu’il est raisonnablement possible de les connaître;

c) de l’effet sur l’enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;

d) de l’amour, de l’affectation et des liens qui existent entre l’enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou sœur de l’enfant;

e) des avantages de tout projet de prise en charge de l’enfant par le Ministre comparés à l’avantage pour l’enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;

f) du besoin pour l’enfant d’être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et

g) du patrimoine culturel et religieux de l’enfant;

Ces dispositions sont conformes aux mesures législatives adoptées par la plupart des provinces sinon par toutes et aux arrêts les plus récents de cette Cour. Pour reprendre les propos du juge Wilson, rendant le jugement unanime de la Cour dans l’arrêt *Racine c. Woods*, précité, à la p. 174:

... la loi ne considère plus que les enfants sont la propriété de ceux qui leur ont donné la vie, mais qu’elle recherche ce qui leur convient le mieux.

En ce qui a trait à la première question, bien que la turpitude morale des parents dans le contexte de leurs rapports avec leurs enfants puisse constituer l’un des facteurs pertinents pour évaluer l’intérêt supérieur de l’enfant, selon une interpréta-

necessary element absent which a guardianship order may be refused. The determining factor in decisions concerning children is their best interests.

As in adoption, guardianship has the effect of permanently divesting parental rights or their equivalent. The shift from a consideration of parental rights towards that of the child's welfare has, however, been most apparent in disputed adoption cases. Historically, the best interests of the child was read subject to the right of the natural parents to custody of their child. In that context, it was only when evidence of moral turpitude, abandonment or severe misconduct was proven that parents could see their rights terminated (*Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737; *In re Agar: McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52). In recent years, the legislature and the Courts have considered the welfare of the child as the predominant factor (see amongst others: *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273 (Ont. C.A.); *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292). No longer is it necessary for the court to find abandonment or other severe misconduct on the part of the natural parents to terminate parental rights, as put by McIntyre J. in *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 101:

Parental claims must not be lightly set aside, and they are entitled to serious consideration in reaching any conclusion. Where it is clear that the welfare of the child requires it, however, they must be set aside.

These principles apply to matters of guardianship as well.

I readily accept, as stressed by the Court of Appeal, that guardianship may have more permanent and serious consequences than custody. However, the Act provides, under s. 56(3), that where a child is in care under a guardianship order, the Minister may return the child to the former parent periodically. Furthermore, pursuant to s. 60, a Court has jurisdiction to review, vary or terminate a guardianship order if satisfied that it is in the

tion adéquate de la loi, il ne s'agit pas là d'un élément nécessaire dont l'absence justifie le refus d'une ordonnance de tutelle. Le facteur déterminant dans les décisions concernant les enfants est
a l'intérêt supérieur de ceux-ci.

Comme dans le cas de l'adoption, la tutelle a pour effet d'écarter de façon permanente les droits des parents ou de ceux qui en tiennent lieu. Toutefois, c'est dans les cas d'adoptions contestées que l'évolution a été la plus marquée en faveur de la notion de bien-être de l'enfant par rapport au droit des parents. Historiquement, l'intérêt supérieur de l'enfant était interprété sujet au droit des parents naturels à la garde de leur enfant. Dans ce contexte, ce n'était que sur preuve de la turpitude morale, de l'abandon ou de l'inconduite grave des parents que leurs droits pouvaient être aliénés (*Hepton v. Maat*, [1957] R.C.S. 606, *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] R.C.S. 737, *In re Agar: McNeilly v. Agar*, [1958] R.C.S. 52). Plus récemment, le législateur et les tribunaux ont considéré le bien-être de l'enfant comme le facteur prédominant (voir notamment: *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273 (C.A. Ont.), *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292). Il n'est désormais plus nécessaire pour le tribunal de conclure à l'abandon ou autre inconduite grave de la part des parents naturels pour les déchoir de leurs droits de parents ainsi que l'énonce le juge McIntyre dans *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la p. 101:

g Les demandes des parents ne doivent pas être écartées à la légère et il faut les examiner avec attention avant d'en arriver à une décision. Cependant, elles doivent être écartées lorsqu'il est évident que le bien-être de l'enfant l'exige.

h Ces principes s'appliquent également en matière de tutelle.

J'admets volontiers, comme l'a souligné la Cour d'appel, que la tutelle peut avoir des conséquences plus permanentes et plus graves que la garde. Toutefois, la Loi prévoit, au par. 56(3), que le Ministre peut retourner périodiquement à son ancien parent un enfant pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle. En outre, aux termes de l'art. 60, une cour est compétente pour réviser, modifier une ordonnance de tutelle ou y mettre fin

best interests of the child to do so (s. 60(6) and 53(1)(b)). Indeed, section 60(3) provides specifically that where authorized by the Attorney-General, the child or the former parent may apply to the Court to have a guardianship order varied or terminated. Finally, section 85(2)(a) provides that an adoption order may be made subject to a right of access of the natural parent or guardian.

Even if the Act did transfer to the Minister "all parental rights" as stated by Angers J.A., as we have seen, it provides some means for the conservation of the relationship between the child and its natural parent or guardian when in the former's best interests. Indeed, the preamble of the Act declares that "children should only be removed from parental supervision either partly or entirely when all other measures are inappropriate". The burden of proof rests upon the Minister to show the propriety of the measure on the facts of the case. In my view, the Minister has discharged this burden in the case at bar particularly so since the trial judge who had heard and refused a previous guardianship application had then expressed hope for the preservation of the family, a hope that ten months later he could no longer entertain on the evidence placed before him. In his assessment of the matter, the trial judge has demonstrated a cautious approach and has ruled in accordance with the spirit of the Act.

To import into the Act a burden of proof of moral turpitude on the part of parents, which the Act itself does not require, fails to recognize other situations contemplated by the Act in which children can find themselves in need of protection and in which their security and development is at risk. By focussing on the welfare of the child, the legislatures and the courts now consider the best interests of the child from the standpoint of the child and not from the standpoint of the parents. The interpretation given by the Court of Appeal in fact contradicts the language and spirit of the Act. On this point, I conclude that the Court of Appeal

si elle est convaincue que cette mesure est dans l'intérêt supérieur de l'enfant (par. 60(6) et l'al. 53(1)(b)). Le paragraphe 60(3) prévoit précisément que, lorsqu'il y est autorisé par le procureur général, l'enfant ou l'ancien parent peuvent demander à la cour de modifier une ordonnance de tutelle ou d'y mettre fin. Enfin, l'alinéa 85(2)a prévoit qu'une ordonnance d'adoption peut être rendue sous réserve du droit de visite du parent naturel ou du tuteur.

Même si la Loi transférait au Ministre « tous les droits [...] de parent » comme le souligne le juge Angers, elle prévoit comme nous l'avons vu certains moyens pour préserver le lien qui existe entre l'enfant et ses parents naturels ou son tuteur lorsqu'il y va de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le préambule de la Loi porte « qu'on ne devrait soustraire les enfants, partiellement ou complètement, à la surveillance parentale que lorsqu'aucune autre mesure ne convient ». Le Ministre a le fardeau de démontrer que la mesure est appropriée compte tenu des faits de l'affaire. À mon avis, le Ministre s'est déchargé de ce fardeau en l'espèce, particulièrement en ce que le juge de première instance, qui a entendu la première demande de tutelle et l'a refusée, avait alors exprimé l'espoir de maintenir l'unité familiale, un espoir que dix mois plus tard il ne pouvait désormais plus nourrir compte tenu des éléments de preuve qui lui avaient été présentés. Le juge de première instance, dans son appréciation de l'affaire, a adopté une approche prudente et a rendu une décision conforme à l'esprit de la Loi.

Importer dans la Loi un fardeau de la preuve de turpitude morale des parents que la Loi elle-même n'exige pas, est faire abstraction d'autres situations que la Loi envisage dans lesquelles les enfants peuvent avoir besoin de protection et leur sécurité et leur développement sont compromis. En mettant l'accent sur le bien-être de l'enfant, le législateur et les tribunaux tiennent maintenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant du point de vue de celui-ci et non du point de vue des parents. L'interprétation que donne la Cour d'appel contredit le texte et l'esprit de la Loi. Sur ce point, je conclus que la Cour d'appel a erré sur le poids à accorder

erred in giving weight to the concept of moral turpitude and by considering it to be persuasive.

On the second issue, i.e., the requirement that the Minister name specific adoptive parents on a guardianship application, the Court of Appeal purported to "consider the best interest of the child on a long-term basis". This ruling of the Court of Appeal was followed, although criticized, in the following decision of the New Brunswick Court of Queen's Bench, Family Division: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. M.(L.)*, [1988] N.B.J. No. 132, presently on appeal. The Court of Appeal, reversing the trial judge in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. H.(C.)*, [1988] N.B.J. No. 27, reiterated the principles elaborated in this case.

Adoption is dealt with in Part V of the *Family Services Act*. This Part contains numerous provisions to safeguard the rights of the parties. The naming of adoptive parents during guardianship proceedings would defeat the nature and purpose of the Act. The thrust of the Act supports working towards reunification of the family unit until a guardianship order issues. Until then, foster care is designed to be short-term and is aimed toward the reintegration of children into their natural homes. In addition, such a requirement would deprive the adoption process of its anonymity and its underlying rationale that adoptive parents should have the opportunity to realize their full capacity as parents uninterrupted and without interference by the former parents. The prospective adoption would be precarious and dependent on a judicial decision on the guardianship application as to whether these parents may eventually be able to adopt. In my view, in addition to the fact that there is no such requirement in the Act, the naming of specific adoptive parents upon a guardianship application is contrary to public policy as enunciated in the *Family Services Act*.

On the whole, on the facts in this case which need not be repeated here, I am of the view that the Court of Appeal erred in intervening in the

au concept de turpitude morale et en le considérant comme «convaincant».

En ce qui a trait à la seconde question, c'est-à-dire l'exigence que le Ministre spécifie le nom des parents adoptifs dans une demande de tutelle, la Cour d'appel entendait ainsi [TRADUCTION] «tenir compte de l'intérêt supérieur à long terme de l'enfant». Cet arrêt de la Cour d'appel a été suivi, bien que critiqué, dans la décision subséquente de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de la famille: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. M.(L.)*, [1988] N.B.J. n° 132, présentement en appel. La Cour d'appel, infirmant la décision du juge de première instance dans *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. H.(C.)*, [1988] N.B.J. n° 27, a réitéré les principes énoncés dans la présente instance.

La partie V de la *Loi sur les services à la famille* traite de l'adoption. Cette partie contient de nombreuses dispositions visant à garantir les droits des parties. La désignation des parents adoptifs au cours des procédures de tutelle est contraire à la nature et à l'objet de la Loi. La Loi vise la réunification de la famille jusqu'à ce qu'une ordonnance de tutelle soit rendue. Jusqu'à ce moment-là, le placement en famille d'accueil est conçu comme une mesure à court terme et vise la réintégration des enfants dans leur foyer naturel. De plus, une telle exigence enlèverait au processus d'adoption son caractère anonyme et sa raison d'être fondamentale selon laquelle les parents adoptifs doivent avoir l'occasion de réaliser leur potentiel comme parents sans interruption ni ingérence de la part des anciens parents. L'adoption proposée serait précaire et dépendrait d'une décision judiciaire sur la demande de tutelle pour déterminer si ces parents peuvent éventuellement être en mesure d'adopter. À mon avis, en plus du fait que cette exigence ne se retrouve pas dans la Loi, la désignation précise des parents adoptifs dans une demande de tutelle est contraire à la politique législative générale telle qu'énoncée dans la *Loi sur les services à la famille*.

En définitive, compte tenu des faits de l'espèce qu'il n'est pas nécessaire de répéter, j'estime que la Cour d'appel a erré en intervenant dans le pouvoir

trial judge's discretion given that he made no error in principle and no error has been demonstrated in his assessment of the evidence.

Accordingly, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the judgment of the trial judge. Given the nature of the case, I would make no order as to costs.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Catherine A. Jack, Moncton.

Solicitor for the respondent: Weldon J. Furlotte, Moncton.

Solicitor for the interveners: Judith F. MacPherson, Moncton.

discrétionnaire du juge de première instance en l'absence d'erreur de principe de sa part et vu qu'aucune erreur n'a été démontrée dans son appréciation de la preuve.

^a 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 de première instance. Compte tenu de la nature de l'affaire, il n'y aura ^b aucune adjudication de dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Catherine A. Jack, Moncton.

^c *Procureur de l'intimée: Weldon J. Furlotte, Moncton.*

Procureur des intervenantes: Judith F. MacPherson, Moncton.

Joseph Upston Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. UPSTON

File No.: 20382.

1988: May 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel — Appellant not informed of right on initial detention — Evidence given voluntarily after being informed of right to counsel — Evidence not obtained in manner breaching a Charter right within meaning of s. 24 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1987), 1 W.C.B. (2d) 221, allowing an appeal from a judgment of Wetmore Co. Ct. J. and setting aside an acquittal. Appeal dismissed.

Barry Long, for the appellant.

S. David Frankel, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to hear from you Mr. Frankel. The judgment of the Court will be given by La Forest J.

LA FOREST J.—While there was a breach of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that the appellant was not informed of his right to retain and instruct counsel when he was initially detained, the evidence adduced was not obtained as a result of that breach but, as the trial judge found, was completely voluntary after he had been informed of his right to counsel. The evidence was thus not obtained in a manner that infringed or denied a *Charter* right within the

Joseph Upston Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

^a RÉPERTORIÉ: R. c. UPSTON

N° du greffe: 20382.

1988: 27 mai.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest.

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

^c *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Appellant non informé de ce droit lors de sa détention initiale — Témoignage volontaire après avoir été informé du droit à l'assistance d'un avocat — Preuve obtenue sans violer un droit garanti par la Charte au sens de l'art. 24 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24.*

Lois et règlements cités

^e *Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 1 W.C.B. (2d) 221, qui a accueilli un appel interjeté contre un jugement du juge Wetmore de la Cour de comté et infirmé un acquittement. Pourvoi rejeté.

Barry Long, pour l'appellant.

^g *S. David Frankel*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE EN CHEF—M^e Frankel, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Le jugement de la Cour va être rendu par le juge La Forest.

ⁱ LE JUGE LA FOREST—Quoiqu'il y ait eu violation de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisque l'appellant n'a pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de sa détention initiale, la preuve produite n'a pas été obtenue par suite de cette violation mais, comme le juge du procès l'a constaté, elle a été fournie totalement volontairement après qu'on eut informé l'appellant de son droit à l'assistance d'un avocat. La preuve n'a donc pas été obtenue

meaning of s. 24 of the *Charter* and should consequently not be excluded. The appeal is, therefore, dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: McCrea, Paul & Long, Vancouver.

Solicitor for the respondent: S. David Frankel, Vancouver.

d'une façon qui nie ou viole un droit garanti par la *Charte* au sens de l'art. 24 de la *Charte* et ne doit donc pas être exclue. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: McCrea, Paul & Long, Vancouver.

Procureur de l'intimée: S. David Frankel, Vancouver.

**Her Majesty's Attorney General of
Newfoundland** *Appellant*

v.

**Churchill Falls (Labrador) Corporation
Limited** *Respondent*

and

Quebec Hydro Electric Commission
Respondent

and

Royal Trust Company *Respondent*

and

General Trust of Canada *Respondent*

INDEXED AS: NEWFOUNDLAND (ATTORNEY GENERAL)
v. CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORP.

File No.: 19736.

1988: May 3, 4; 1988: June 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer,
Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

*Contracts — Interpretation — Statutory lease —
Clause 2(e) of Part I of lease properly construed by
Court of Appeal and Trial Division.*

Held: The appeal should be dismissed.

Statutes and Regulations Cited

*Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease)
Act, 1961, S.N. 1961, c. 51.*

APPEAL from a judgment of the Newfound-
land Court of Appeal (1985), 56 Nfld. & P.E.I.R.
91, 168 A.P.R. 91, affirming a judgment of the
Trial Division (1983), 49 Nfld. & P.E.I.R. 181,
145 A.P.R. 181. Appeal dismissed.

*James R. Chalker, Q.C., James Thistle and
Anne Marie Rose, for the appellant.*

*Maureen P. Greene, for the respondent Church-
ill Falls (Labrador) Corp.*

Le procureur général de Terre-Neuve
Appelant

c.

^a **Churchill Falls (Labrador) Corporation
Limited** *Intimée*

et

^b **Commission Hydro-Électrique de Québec**
Intimée

et

^c **Compagnie Trust Royal** *Intimée*

et

Trust général du Canada *Intimée*

^d RÉPERTORIÉ: TERRE-NEUVE (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORP.

N° du greffe: 19736.

^e 1988: 3, 4 mai; 1988: 9 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

^f

*Contrats — Interprétation — Bail législatif —
Clause 2e) de la partie I du bail interprétée correcte-
ment par la Cour d'appel et la Division de première
instance.*

^g

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Lois et règlements cités

^h *Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease)
Act, 1961, S.N. 1961, chap. 51.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
de Terre-Neuve (1985), 56 Nfld. & P.E.I.R. 91,
168 A.P.R. 91, qui a confirmé un jugement de la
Division de première instance (1983), 49 Nfld. &
P.E.I.R. 181, 145 A.P.R. 181. Pourvoi rejeté.

*James R. Chalker, c.r., James Thistle et Anne
Marie Rose, pour l'appellant.*

^j

*Maureen P. Greene, pour l'intimée Churchill
Falls (Labrador) Corp.*

Thomas Heintzman, Q.C., André E. Gadbois, Q.C., and David I. W. Hamer, for the respondent Quebec Hydro Electric Commission.

J. Vincent O'Donnell, Q.C., for the respondent Royal Trust Co.

Randell Earle and Thomas Williams, for the respondent General Trust of Canada.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The judgments of the Trial Division of the Newfoundland Supreme Court and of the Newfoundland Court of Appeal are reported: (1983), 49 Nfld. & P.E.I.R. 181, 145 A.P.R. 181 (S.C.T.D.), *aff'd* (1985), 56 Nfld. & P.E.I.R. 91, 168 A.P.R. 91 (C.A.)

We are all of the view that the Trial Division of the Supreme Court and the Court of Appeal have both arrived, albeit by different routes, at the correct construction of Clause 2(e) of Part I of the Lease executed and delivered pursuant to *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease) Act, 1961*, S.N. 1961, c. 51.

The appeal is dismissed with costs. However, no order as to costs was requested by Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd., and there will be no such order with respect to this respondent.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Chalker, Green & Rowe, St. John's.

Solicitor for the respondent Churchill Falls (Labrador) Corp.: Maureen P. Greene, St. John's.

Solicitors for the respondent Quebec Hydro Electric Commission: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondent the Royal Trust Co.: Lavery, O'Brien, Montréal.

Solicitors for the respondent General Trust of Canada: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.

Thomas Heintzman, c.r., André E. Gadbois, c.r., et David I. W. Hamer, pour l'intimée la Commission Hydro-Électrique de Québec.

J. Vincent O'Donnell, c.r., pour l'intimée la Compagnie Trust Royal.

Randell Earle et Thomas Williams, pour l'intimée Trust général du Canada.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Le jugement de la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve et l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve sont publiés: (1983), 49 Nfld. & P.E.I.R. 181, 145 A.P.R. 181 (C.S.D.P.I.), *conf.* (1985), 56 Nfld. & P.E.I.R. 91, 168 A.P.R. 91 (C.A.)

Nous sommes tous d'avis que la Division de première instance de la Cour suprême ainsi que la Cour d'appel sont arrivées, quoique par des moyens différents, à la bonne interprétation de la clause 2e) de la partie I du bail conclu aux termes de la *Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease) Act, 1961*, S.N. 1961, chap. 51.

Le pourvoi est rejeté avec dépens. Toutefois, comme Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. n'a pas demandé d'adjudication de dépens, il n'y en aura pas à l'égard de cette intimée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Chalker, Green & Rowe, St. John's.

Procureur de l'intimée Churchill Falls (Labrador) Corp.: Maureen P. Greene, St. John's.

Procureurs de l'intimée la Commission Hydro-Électrique de Québec: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Compagnie Trust Royal: Lavery, O'Brien, Montréal.

Procureurs de l'intimée Trust général du Canada: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.

Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited *Appellant*

v.

Hydro-Québec *Respondent*

and

Royal Trust Company *Mis en cause*

and

General Trust of Canada *Mis en cause*

INDEXED AS: HYDRO-QUÉBEC v. CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORP.

File No.: 19339.

1988: May 4; 1988: June 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Appeal — Interpretation of a contract for the provision of hydro-electric energy — Appeal moot in view of this Court's judgment: Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp.

Held: The appeal should be dismissed.

Cases Cited

Referred to: Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp., [1988] 1 S.C.R. 1085.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 85-255, affirming a judgment of the Superior Court, [1983] C.S. 604. Appeal dismissed.

Colin K. Irving and Franklin S. Gertler, for the appellant.

Michel Jetté, André E. Gadbois, Q.C., and Julie Veilleux, for the respondent.

J. Vincent O'Donnell, Q.C., for the mis en cause the Royal Trust Co.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—In view of the judgment handed down today in Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp., [1988] 1 S.C.R. 1085, this appeal is moot.

Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited *Appelante*

c.

^a **Hydro-Québec** *Intimée*

et

Compagnie Trust Royal *Mise en cause*^b et**Trust général du Canada** *Mise en cause*

RÉPERTORIÉ: HYDRO-QUÉBEC c. CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORP.

^c

N° du greffe: 19339.

1988: 4 mai; 1988: 9 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

^d

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Appel — Interprétation d'un contrat d'énergie hydro-électrique — Pourvoi sans objet vu l'arrêt de cette Cour: Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls (Labrador) Corp.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

^e **Jurisprudence**

Arrêt mentionné: Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls (Labrador) Corp., [1988] 1 R.C.S. 1085.

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 85-255, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1983] C.S. 604. Pourvoi rejeté.

Colin K. Irving et Franklin S. Gertler, pour l'appelante.

Michel Jetté, André E. Gadbois, c.r., et Julie Veilleux, pour l'intimée.

^g J. Vincent O'Donnell, c.r., pour la mise en cause la Compagnie Trust Royal.

Le jugement suivant a été rendu par

^h LA COUR—Vu l'arrêt rendu aujourd'hui dans Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls (Labrador) Corp., [1988] 1 R.C.S. 1085, ce pourvoi est devenu sans objet.

The appeal is dismissed without costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McMaster Meighen, Montréal.

Solicitors for the respondent: Geoffrion, Jetté, Montréal.

Solicitors for the mis en cause the Royal Trust Co.: Lavery, O'Brien, Montréal.

Le pourvoi est rejeté sans dépens.

Pourvoi rejeté.

*Procureurs de l'appelante: McMaster Meighen,
a Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Geoffrion, Jetté,
Montréal.*

*Procureurs de la mise en cause la Compagnie
b Trust Royal: Lavery, O'Brien, Montréal.*

Insurance Corporation of British Columbia
Appellant

v.

Neil Darcy Fredrikson *Respondent*

INDEXED AS: INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA v. FREDRIKSON

File No.: 20051.

1988: June 3.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance — Assignments — Legal actions — Insurance company settling claim for an amount exceeding policy limits contrary to instructions — Insured assigning cause of action for failure to defend the action properly — Assignment valid.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 145, 24 D.L.R. (4th) 414, [1986] 5 W.W.R. 504, 17 C.C.L.I. 194, [1986] I.L.R. 1-2100, dismissing an appeal from a judgment of Locke J. (1985), 64 B.C.L.R. 301, [1985] 5 W.W.R. 342, 15 C.C.L.I. 249, [1986] I.L.R. 1-1991, dismissing a motion to strike. Appeal dismissed.

R. B. Harvey, Q.C., and *D. G. Cowper*, for the appellant.

J. J. Camp, Q.C., and *Roger McConchie*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call upon you Messrs. Camp and McConchie. We adopt in this appeal the reasons of McLaughlin J. of the British Columbia Court of Appeal.

The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Russell & Dumoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Murphy, Battista, Vancouver.

Insurance Corporation of British Columbia
Appelante

c.

Neil Darcy Fredrikson *Intimé*

RÉPERTORIÉ: INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA c. FREDRIKSON

N° du greffe: 20051.

1988: 3 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer et Wilson.

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

Assurance — Cessions — Poursuite judiciaires — Réclamation réglée par la compagnie d'assurance pour un montant supérieur aux limites stipulées dans la police contrairement aux instructions — Cession de la cause d'action par l'assuré vu la défense inappropriée de l'action — Cession valide.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 145, 24 D.L.R. (4th) 414, [1986] 5 W.W.R. 504, 17 C.C.L.I. 194, [1986] I.L.R. 1-2100, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Locke (1985), 64 B.C.L.R. 301, [1985] 5 W.W.R. 342, 15 C.C.L.I. 249, [1986] I.L.R. 1-1991, qui avait rejeté une requête en radiation. Pourvoi rejeté.

R. B. Harvey, c.r., et *D. G. Cowper*, pour l'appelante.

J. J. Camp, c.r., et *Roger McConchie*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—M^{es} Camp et McConchie, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Nous adoptons en l'espèce les motifs du juge McLaughlin de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Russell & Dumoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Murphy, Battista, Vancouver.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 7, 1988 Vol. 1

and

Tables

7^e cahier, 1988 Vol. 1

et

Tables

Cited as [1988] 1 S.C.R. { i-lvi
1091-1222

Renvoi [1988] 1 R.C.S. { i-lvi
1091-1222

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, L.L.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1988.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xvii
Table of Cases Cited.....	xxv
Statutes and Regulations Cited.....	xli
Authors Cited.....	xliv
Index.....	1207

Canadian Pacific Ltd. v. Drumheller (City) 1091

Railways — Canadian Transport Commission — Jurisdiction — Abandonment of track authorized — Whether authorization within the jurisdiction of the commission.

Judgments and orders — Reversal — Consent to reversal of judgment — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 75.

Central Trust Co. v. Rafuse 1206

Judgments and orders — Motion to vary — Order as to quantum and interest — Interest running from date fixed in pre-trial agreement — Parties to agreement intending interest to run only until date of order for trial judgment and not for appeal period — Judgment varied.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêviste en chef
ANNE ROLAND, L.L.L.

Arrêvistess
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Révisseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointess à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1988.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xxi
Table de la jurisprudence.....	xxv
Lois et règlements cités.....	xliv
Doctrine citée.....	xliv
Index.....	1215

Canadien Pacifique Ltée c. Drumheller (Ville) 1091

Chemins de fer — Commission canadienne des transports — Compétence — Abandon de voies ferrées autorisé — L'autorisation relève-t-elle de la compétence de la commission?

Jugements et ordonnances — Annulation — Consentement à l'annulation du jugement — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 75.

Central Trust Co. c. Rafuse 1206

Jugements et ordonnances — Demande de rectification — Ordonnance fixant l'indemnité et l'intérêt — Intérêt courant de la date fixée dans l'entente conclue par les parties avant le procès — Les parties à l'entente prévoiaient que l'intérêt couvrirait seulement jusqu'à la date de l'ordonnance de jugement de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd. 1186

Torts — Negligence — Sporting accident — Competition inherently dangerous — Participant visibly intoxicated — Whether or not competition organizers had a positive duty to take steps to remove drunk competitor from competition.

Industries Providair Inc. v. Kolomeir 1132

Privileges — Workmen's privileges — Leasing of a building to be constructed — Clause in lease providing that lessee had to have a substantial part of the construction work carried out at its own expense — Respondent hired by lessee to carry out its share of the work — Validity of privileges registered by respondent against owner's immovable — Whether agreement between owner and lessee constitutes a construction contract conferring status of a contractor on lessee — Civil Code, arts. 2013e, 2013f.

R. v. Bachman 1094

Criminal law — Narcotics — Trafficking in a narcotic — Admissibility of certificate of analysis — Notice of intended use of certificate — Whether notice reasonable — Appeals as of right.

R. v. Dufresne 1095

Criminal law — Trial — Accused convicted of first degree murder — Serious doubt as to the integrity of the conduct of the Crown and the police at trial — New trial ordered.

R. v. Moore 1097

Criminal law — Procedure — *Autrefois acquit* — Information failing to allege material averment — Defective counts quashed — New information sworn containing necessary words — Whether or not plea of *autrefois acquit* available — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(1), (3), (4), 535(1), (3), (4), (5), 537(1).

R. v. Sterne 1093

Criminal law — Sexual offences — Charges involving three complainants — Delays in reporting alleged incidents — No error of law on the part of the trial judge.

R. v. Stevens 1153

Constitutional law — Charter of Rights — Retrospectivity — Fundamental justice — Statutory rape — Defence of mistake as to age statutorily denied — Conduct giving rise to charge arising before proclamation of Charter — Trial held after Charter in effect — Whether Charter can be invoked — Whether s. 146(1) of Criminal Code infringes s. 7 of Charter — If so, whether section justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 146(1).

Criminal law — Statutory rape — Defence of mistake as to age statutorily denied — Conduct giving rise to charge arising before proclamation of Charter — Trial held after Charter in effect — Whether Charter can be invoked — Whether s.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

première instance et non pendant le délai d'appel — Jugement rectifié.

Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd. 1186

Responsabilité délictuelle — Négligence — Accident dans la pratique d'un sport — Compétition comportant des dangers inhérents — Participant manifestement en état d'ébriété — Les organisateurs de la compétition avaient-ils une obligation positive de prendre des mesures pour retirer un concurrent ivre de la compétition?

Industries Providair Inc. c. Kolomeir 1132

Privilèges — Privilèges ouvriers — Location d'un immeuble à être construit — Clause du bail prévoyant que le locataire devait faire à ses frais une partie importante des travaux de construction — Intimée engagée par le locataire pour effectuer sa part des travaux — Validité des privilèges enregistrés par l'intimée contre l'immeuble du propriétaire — La convention entre le propriétaire et le locataire constitue-t-elle un contrat de construction conférant au locataire le statut d'entrepreneur? — Code civil, art. 2013e, 2013f.

R. c. Bachman 1094

Droit criminel — Stupéfiants — Trafic d'un stupéfiant — Recevabilité d'un certificat d'analyse — Avis de l'intention de produire le certificat — L'avis était-il raisonnable? — Pourvoi de plein droit.

R. c. Dufresne 1095

Droit criminel — Procès — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — Doute sérieux sur l'intégrité du comportement du ministère public et de la police au procès — Nouveau procès ordonné.

R. c. Moore 1097

Droit criminel — Procédure — Autrefois acquit — Omission d'une allégation importante dans la dénonciation — Annulation des chefs d'accusation défectueux — Nouvelle dénonciation contenant les termes nécessaires faite sous serment — Le moyen de défense d'autrefois acquit peut-il être invoqué? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(1), (3), (4), 535(1), (3), (4), (5), 537(1).

R. c. Sterne 1093

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Accusations découlant des plaintes de trois plaignantes — Temps mis à signaler les incidents — Aucune erreur de droit du juge du procès.

R. c. Stevens 1153

Droit constitutionnel — Charte des droits — Rétroactivité — Justice fondamentale — Présomption légale de viol — Déni légal de la défense d'erreur au sujet de l'âge — Acte ayant donné lieu à l'inculpation antérieur à la proclamation de la Charte — Procès postérieur à l'entrée en vigueur de la Charte

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

146(1) of Criminal Code infringes s. 7 of Charter — If so, whether section justified under s. 1 of Charter.

SOMMAIRE (Fin)

— La Charte peut-elle être invoquée? — Le paragraphe 146(1) du Code criminel enfreint-il l'art. 7 de la Charte? — En ce cas, le paragraphe est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 146(1).

Droit criminel — Présomption légale de viol — Déni légal de la défense d'erreur au sujet de l'âge — Acte ayant donné lieu à l'inculpation antérieur à la proclamation de la Charte — Procès postérieur à l'entrée en vigueur de la Charte — La Charte peut-elle être invoquée? — Le paragraphe 146(1) du Code criminel enfreint-il l'art. 7 de la Charte? — En ce cas, le paragraphe est-il justifié aux termes de l'article premier de la Charte?



1988 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to the Statute by

GUY Y. GOULARD, Q.C.
Registrar of the Court

Chief Law Editor
Anne Roland, LL.L.

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Revisor
Richard Berberi

Co-ordinator, Editorial Services
Gisèle Boulay

Editorial Assistants
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet

Secretary
Carole Loiselle

Publié conformément à la Loi par

GUY Y. GOULARD, c.f.
Registraire de la Cour

Arrêtiste en chef
Anne Roland, LL.L.

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Réviseur
Richard Berberi

Coordonnatrice, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Adjointes à l'édition
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet

Secrétaire
Carole Loiselle

**JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

The Honourable WILLIAM ROGERS McINTYRE

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERALD LE DAIN

The Honourable GERARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

On the 22nd day of April 1988, the Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 24th day of May 1988, JOHN SOPINKA, one of Her Majesty's Counsel, learned in the law, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

**JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable JEAN BEETZ

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GERALD LE DAIN

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 22 avril 1988.

Le 24 mai 1988, JOHN SOPINKA, un des conseillers juridiques de Sa Majesté, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

- [1987] 2 S.C.R. pp. xiii and xiv of the Table of Judgments. Read “Frame v. Smith . . . 99; Smith, Frame v. . . . 99” instead of “Frame v. Smith . . . 790; Smith, Frame v. . . . 790”.
- [1987] 2 S.C.R. p. 290, line *a*-4 of the English and French versions. Read “Robbins J.” instead of “Robins J.”
- [1987] 2 S.C.R. p. 727, line *c*-3 of the English version. Read “cannot be impartial in this case” instead of “cannot be impartial in his case”.
- [1988] 1 S.C.R. p. 3, line *d*-2 of the French version. Read “Droit criminel” instead of “Code criminel”.
- [1988] 1 S.C.R. p. 156, line *j*-4 of the French version. Read “principalement l’al. 11*h*) qui a” instead of “principalement sur l’al. 11*h*) qui a”.
- [1988] 1 S.C.R. p. 464, line *i*-1 of the English and French versions. Read “14 O.A.C. 2” instead of “14 O.A.R. 2”.
- [1988] 1 S.C.R. p. 478, line *f*-3 of the English version and *g*-2 of the French version. Read “[1987] 1 S.C.R. ix” instead of “[1987] 2 S.C.R. ix”.
- [1988] 1 S.C.R. p. 697, line *d*-1 of the English version and line *d*-3 of the French version. Read “VI” instead of “VII”.
- [1988] 1 S.C.R. p. 698, line *h*-1 of the English version and line *h*-2 of the French version. Read “VII” instead of “IX”.
- [1988] 1 S.C.R. p. 1089, line *c*-3 of the French version. Read “Poursuites judiciaires” instead of “Poursuite judiciaires”.
- [1987] 2 R.C.S. pp. xvii et xviii de la Table des jugements. Lire «Frame c. Smith . . . 99; Smith, Frame c. . . . 99» au lieu de «Frame c. Smith . . . 790; Smith, Frame c. . . . 790».
- [1987] 2 R.C.S. p. 290, ligne *a*-4 des versions anglaise et française. Lire «Robbins J.» au lieu de «Robins J.»
- [1987] 2 R.C.S. p. 727, ligne *c*-3 de la version anglaise. Lire «cannot be impartial in this case» au lieu de «cannot be impartial in his case».
- [1988] 1 R.C.S. p. 3, ligne *d*-2 de la version française. Lire «Droit criminel» au lieu de «Code criminel».
- [1988] 1 R.C.S. p. 156, ligne *j*-4 de la version française. Lire «principalement l’al. 11*h*) qui a» au lieu de «principalement sur l’al. 11*h*) qui a».
- [1988] 1 R.C.S. p. 464, ligne *i*-1 des versions anglaise et française. Lire «14 O.A.C. 2» au lieu de «14 O.A.R. 2».
- [1988] 1 R.C.S. p. 478, ligne *f*-3 de la version anglaise et *g*-2 de la version française. Lire «[1987] 1 R.C.S. ix» au lieu de «[1987] 2 R.C.S. ix».
- [1988] 1 R.C.S. p. 697, ligne *d*-1 de la version anglaise et ligne *d*-3 de la version française. Lire «VI» au lieu de «VII».
- [1988] 1 R.C.S. p. 698, ligne *h*-1 de la version anglaise et ligne *h*-2 de la version française. Lire «VII» au lieu de «IX».
- [1988] 1 R.C.S. p. 1089, ligne *c*-3 de la version française. Lire «Poursuites judiciaires» au lieu de «Poursuite judiciaires».

MOTIONS—REQUÊTES

- 115778 *Canada Inc. v. Apple Computer, Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 20643-44, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- 263121 *Ontario Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 20475, leave to appeal refused with costs, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 264241 *Alberta Ltd. v. Royal Bank of Canada* (Alta.), 20671, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 538745 *Ontario Inc. v. Corporation of the City of Windsor* (Ont.), 20814, leave to appeal refused with costs, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 87850 *Canada & Cie c. Caisse Populaire St-Claude* (Qué.), 20638, leave to appeal refused with costs, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- AMIC Mortgage Investments Corporation v. Abacus Cities Ltd.* (Alta.), 20703, leave to appeal refused with costs, 24.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Air Canada c. Communauté urbaine de Québec* (Qué.), 20691, leave to appeal refused with costs, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Albert c. Commission scolaire régionale de Tilly* (Qué.), 20699, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool* (Alta.), 20850, leave to appeal granted, 30.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Alouche v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20717, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Altwater v. A. F. F. Farms Ltd.* (Ont.), 20856, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Araujo v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20774, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Association des Employés de Maisons Usinées Brouillette Inc. c. Maisons Usinées Brouillette Inc.* (Qué.), 20840, leave to appeal refused with costs, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Association des Employés de Pyradia Inc. c. Pyradia Inc.* (Qué.), 20825, leave to appeal refused with costs, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of British Columbia v. Reynolds* (B.C.), 18967, notice of discontinuance filed, 16.2.88, avis de désistement produit.
- Aviation Portneuf Ltée c. La Reine* (C.A.F.)(Qué.), 20883, leave to appeal refused with costs, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ayotte c. Banque de Nouvelle-Écosse* (Qué.), 20899, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bachynski v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 20757, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Banco Ambrosiano Holding S. A. v. Dunkeld Ranching Ltd.* (Alta.), 20798, leave to appeal refused with costs, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Banque nationale du Canada c. Houle* (Qué.), 20634, leave to appeal granted, 2.5.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Baril v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 20624, leave to appeal refused, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée.

- Barry v. Alberta Securities Commission* (Alta.), 19832, notice of discontinuance filed, 16.3.88, avis de désistement produit.
- Bedoui c. Dufresne* (Qué.), 20683, leave to appeal refused with costs, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beloit Canada Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (F.C.A.)(Ont.), 20824, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bento (Joao) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20819, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Bento (Maria) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20820, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Blondin c. Greenbaum* (Qué.), 20732, leave to appeal refused with costs, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bogyay v. A. F. F. Farms Ltd.* (Ont.), 20871, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bossé c. Léger* (N.-B.), 20625, leave to appeal refused, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Boucher (André) c. Paquet* (Qué.), 20864, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boucher (Marcel) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20565-66, leave to appeal refused, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Boussetta c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20778, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- British Columbia Telephone Co. v. Telecommunications Workers Union* (B.C.), 20593, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brown v. YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc.* (Man.), 20614, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Bunn v. Lock* (Ont.), 20718, leave to appeal refused with costs, 25.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Butler v. Butler* (B.C.), 20725, leave to appeal refused with costs, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Butt v. The Queen* (N.S.), 20859, notice of discontinuance filed, 16.5.88, avis de désistement produit.
- Caetano v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20808, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Canada Post Corporation v. Canadian Union of Postal Workers* (F.C.A.), 20791, notice of discontinuance filed, 30.5.88, avis de désistement produit.
- Canadian Human Rights Commission v. Pitawanakwat* (F.C.A.), 20642, notice of discontinuance filed, 23.12.87, avis de désistement produit.
- Canadian Pacific Ltd. v. Canadian Transport Commission* (F.C.A.)(Ont.), 20616, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Ltd. v. Ontario Hydro* (Ont.), 20742, leave to appeal refused with costs, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 20770, leave to appeal refused with costs, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cascade Investments Ltd. v. BCE Development Corporation* (Alta.), 20739, leave to appeal refused with costs, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Central Western Railway Corporation v. United Transportation Union* (F.C.A.)(Alta.), 20802, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.

- Centre hospitalier Régina Ltée c. Prud'homme* (Qué.), 20746, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Champagne c. Procureur général du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 20726, leave to appeal refused with costs, 28.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charles v. Attorney General of Canada* (Ont.), 20832, leave to appeal refused with costs, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chartrand c. Marx* (Crim.)(Qué.), 20592, leave to appeal refused, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Chouinard c. Landry* (Qué.), 20660, leave to appeal refused with costs, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clauzel v. The Queen* (Ont.), 20543, notice of discontinuance filed, 12.1.88, avis de désistement produit.
- Clivent Inc. c. Services professionnels Warnock Hersey* (Qué.), 20578 leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clyke v. Clyke* (N.S.), 20893, leave to appeal refused, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Coddington v. The Queen* (B.C.), 20881 notice of discontinuance filed, 9.5.88, avis de désistement produit.
- Collins Barrow Ltd. v. Bank of Montreal* (Alta.), 20618, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des droits de la personne du Québec c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 20652, leave to appeal refused with costs, 11.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Montréal c. Steinberg Properties Ltd.* (Qué.), 20630, leave to appeal refused with costs, 24.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. Constructions Simard-Beaudry (1977) Inc.* (Qué.), 20658, leave to appeal refused with costs, 24.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie de Construction Belcourt Ltée c. Roger Marchand Ltée* (Qué.), 20655, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Compagnie internationale de papier du Canada c. Commission Hydro-Électrique du Québec* (Qué.), 20696, leave to appeal refused with costs, 24.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Conseil canadien des relations du travail c. Québécois—Air-Québec* (C.A.F.)(Qué.), 20828, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Consolidated Bathurst Inc. v. International Union of Operating Engineers, Local 894* (N.B.), 20553, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Constructions du St-Laurent Ltée c. Office de la construction du Québec* (Qué.), 20851, leave to appeal refused with costs, 26.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Vernon v. Manolakos* (B.C.), 20740, leave to appeal granted, 21.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Cowichan, Board of School Trustees School District No. 65 v. Peterson* (B.C.), 20799, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cumis Insurance Society Inc. c. Lejeune* (Qué.), 20743, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Cyr c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20587, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Da Silva v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20804, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- De Azevedo v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20846, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.

- Deep v. General Manager of Ontario Health Insurance Plan* (Ont.), 20872, leave to appeal refused with costs, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Delev c. Dufour* (Qué.), 20886, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Demers c. Banque Canadienne Nationale* (Qué.), 20900, leave to appeal refused with costs, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Demick v. Canadian National Railway Co.* (Alta.), 20709, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- De Sousa v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20910, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Desrochers c. Dubord* (Qué.), 20645, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Discorp Operations Ltd. v. Suncor Inc. Resources Group, Oil Sands Division* (Alta.), 20603, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Dimas v. Kerr* (Ont.), 20741, leave to appeal refused with costs, 28.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dool v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20689, leave to appeal refused, 25.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Doucet c. Caisse populaire Henri-Bourassa* (Qué.), 19754, notice of discontinuance filed, 9.5.88, avis de désistement produit.
- Douglas College v. Douglas/Kwantlen Faculty Association* (B.C.), 20800, leave to appeal granted, 21.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Dufresne c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20687, leave to appeal granted, 26.1.88, autorisation de pourvoi accordée.
- École d'Escalade la Haute Perchée Inc. c. Roy* (Qué.), 20902, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Éditions du nord Ltée c. 034887 N.B. Ltd.* (N.-B.), 20654, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Edward Wilkie Automobiles Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 20650, leave to appeal refused with costs, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Elsom v. Elsom* (B.C.), 20350, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Épiciers unis Métro-Richelieu Inc. c. Dufault* (Qué.), 20653, leave to appeal refused with costs, 11.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Établissement Marcasit c. United States Fire Insurance Co.* (Qué.), 20669, leave to appeal refused with costs, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- États-Unis d'Amérique c. Allard* (Crim.)(Qué.), 20626, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- F. G. Lester & Co. v. The Queen* (Ont.), 20552, notice of discontinuance filed, 13.1.88, avis de désistement produit.
- Falk Bros. Industries Ltd. v. Elance Steel Fabricating Co.* (Sask.), 20679, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Favel v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 20692, leave to appeal refused, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Fidélité du Canada, Compagnie d'Assurances c. Banque Nationale du Canada* (Qué.), 20559, notice of discontinuance filed, 11.1.88, avis de désistement produit.
- Frankovitch v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20892, leave to appeal refused, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Gallagher v. Amoco Acquisition Co. Ltd.* (Alta.), 20939, leave to appeal refused with costs, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Gamble v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20433, leave to appeal granted, 24.3.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Garon Ltée c. Société Immobilière Trois Mille Inc.* (Qué.), 20700, leave to appeal refused with costs, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Garon Ltée c. Société Immobilière Trois Mille Inc.* (Qué.), 20701, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Gauthier c. Lambert* (Qué.), 20769, leave to appeal refused with costs, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Giacomet v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20716, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Gilroy v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20548, leave to appeal refused, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Goncalves v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20816, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Gordon Glass Industries Ltd. v. Royal Bank of Canada* (Alta.), 20671, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Goudreau c. Goudreau* (Qué.), 20826, leave to appeal refused with costs, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grafe v. The Queen* (Ont.), 20594, notice of discontinuance filed, 13.6.88, avis de désistement produit.
- Gravel (Dorien) c. Beausoleil* (Qué.), 20670, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gravel (Michel) c. Somers* (Crim.)(Qué.), 20678, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Grewal v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20641, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Groupe Lechasseur Ltée c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (Qué.), 20843, leave to appeal refused with costs, 26.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Groves v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20880, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Guérin c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20584, leave to appeal refused, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Haber v. Medical Advisory Committee of the Wellesley Hospital* (Ont.), 20780, leave to appeal refused with costs, 26.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Haddad v. The Queen* (Alta.), 20756, notice of discontinuance filed, 30.3.88, avis de désistement produit.
- Hamel c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20720, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Happy Face Ventures Corporation v. Royal Bank of Canada Commercial Centre* (B.C.), 20713, leave to appeal refused with costs, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hill v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20765, leave to appeal refused, 26.4.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Holec v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 20475, leave to appeal refused with costs, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Home Orderly Services Ltd. v. Government of Manitoba* (Man.), 20698, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hôpital de Chicoutimi Inc. c. Syndicat des Employés de l'hôpital de Chicoutimi (CSN)* (Qué.), 20865, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Horie v. Corporation of the City of Nelson* (B.C.), 20782, leave to appeal refused with costs, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Houle c. Legendre* (Qué.), 20895, leave to appeal refused with costs, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corporation* (B.C.), 20894, leave to appeal refused with costs, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Humenuk v. First Investors Corporation Ltd.* (Alta.), 20790, leave to appeal refused with costs, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hunter c. Skis Rossignol Canada Ltée/Ltd.* (Crim.)(C.A.F.)(Qué.), 20619, leave to appeal refused with costs, 11.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- ITC Canada c. Hamelin* (Qué.), 20637, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Idlout v. The Queen* (Crim.)(N.W.T.), 20690, leave to appeal refused, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Immeubles Octangulaire Inc. c. Mutuelle-vie des Fonctionnaires du Québec* (Qué.), 20772, leave to appeal refused with costs, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Installations électriques, G. Bradley Ltée v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 20589, leave to appeal refused with costs, 24.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Inuvik Coastal Airways Ltd. v. Madill* (Alta.), 20705, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J. E. L. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20764, leave to appeal granted, 25.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Jaichi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20715, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- James v. The Queen* (Crim.)(Man.), 20758, leave to appeal granted, 26.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Jerónimo v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20793, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnson v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 20829, leave to appeal refused, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnstone v. Law Society of British Columbia* (B.C.), 20636, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kaddoura v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20735, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Kaur v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20783, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Kaussen (Estate of) v. Bayerische Hypotheken* (Qué.), 20848, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kays v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 20807, leave to appeal refused, 2.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Kelly c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20792, leave to appeal refused, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Kennedy v. Regina* (Crim.)(B.C.), 20611, leave to appeal refused, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Kibale c. Transports Canada* (C.A.F.)(Ont.), 20917, leave to appeal refused, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Kirsch v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 20755, leave to appeal refused, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Klachefsky v. Brown* (Man.), 20744, leave to appeal refused with costs, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Korz v. St. Pierre* (Ont.), 20672, leave to appeal refused with costs, 25.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ladouceur v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20408, leave to appeal granted, 21.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Lafond v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20648, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Laiterie Perrette Ltée c. Comité paritaire de l'industrie automobile de Montréal et du district* (Qué.), 20745, leave to appeal refused with costs, 28.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lambretta v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20567, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Lefebvre (Serge) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20801, leave to appeal refused, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée.

- Lefebvre (Yvon) v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 20214, notice of discontinuance filed, 11.5.88, avis de désistement produit.
- MacInnis v. Bank of Montreal* (N.B.), 20710, leave to appeal refused with costs, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacIntosh Computers Ltd. v. Apple Computer, Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 20643-44, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Marathon Realty Co. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Sask.), 20575, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marques v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20784, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Martel c. Blais* (Qué.), 20898, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McErlean v. Corporation of the City of Brampton* (Ont.), 20632, leave to appeal refused with costs, 25.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McKinlay Transport Ltd. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20761, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- McKinney v. Board of Governors of the University of Guelph* (Ont.), 20747, leave to appeal granted, 21.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- McNeilly v. Governors of the University of Alberta* (Alta.), 20647, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Medeiros v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20909, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Menard v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20646, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Meraw v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20635, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Minister of Employment and Immigration v. Bhatnager* (F.C.A.)(Ont.), 20771, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Minister of Health and Community Services v. Church* (N.B.), 20753, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Molson Companies Ltd. v. John Labatt Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 20728, leave to appeal refused with costs, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montour c. Montour* (Qué.), 20903, leave to appeal refused, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Moore v. The Queen in right of British Columbia* (B.C.), 20839, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Morais v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20847, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Moran v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20767, leave to appeal refused, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrow v. Alfy's Holdings Ltd.* (B.C.), 20712, leave to appeal refused with costs, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrow v. Alfy's Holdings Ltd.* (B.C.), 20838, leave to appeal refused with costs, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrow v. Law Society of British Columbia* (B.C.), 20685, leave to appeal refused with costs, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrow v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20551, leave to appeal refused, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Mufford v. Regina* (Crim.)(B.C.), 20875, leave to appeal refused, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée.

- Mullen v. Hetherington* (Ont.), 20754, leave to appeal refused with costs, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Municipality of Metropolitan Toronto v. Letnik* (F.C.A.), 20857, notice of discontinuance filed, 25.4.88, avis de désistement produit.
- Mutuelle du Canada c. Richer* (Qué.), 20612, leave to appeal refused with costs, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- National Bank of Canada v. Armstrong* (Ont.), 20659, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nelson v. The Queen* (Sask.), 20229, leave to appeal refused, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Nelson Burns & Co. v. Gratham Industries Ltd.* (Ont.), 20737, leave to appeal refused with costs, 26.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Neto v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20776, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Nicholls v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20721, leave to appeal refused, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Northern & Central Gas Corporation Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 20688, leave to appeal refused with costs, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Northern Pool Express Ltd. v. Director of Investigation and Research* (Crim.)(Ont.), 20852, leave to appeal refused, 26.4.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Novopharm Limited v. American Home Products Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 20911, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Noyes v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20706, leave to appeal refused, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Nygaard v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20491, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Ouellette v. Gray* (N.B.), 20874, leave to appeal refused with costs, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paquette v. Procureur général du Canada* (Crim.)(Alta.), 20623, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Paquette v. Procureur général du Canada* (Crim.)(Alta.), 20734, leave to appeal refused with costs, 25.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paradis c. Procureur général du Québec* (Qué.), 20823, leave to appeal refused, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Penikett v. The Queen* (Y.T.), 20797, leave to appeal refused, 2.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Pereira v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20796, leave to appeal refused, 26.4.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Philip Morris Incorporated v. Imperial Tobacco Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 20674, leave to appeal refused with costs, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Picken v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20649, leave to appeal refused, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Pimparé c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20585, leave to appeal refused, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Pirbhai v. Pirbhai* (B.C.), 20749, leave to appeal refused with costs, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Priel v. Maurice* (Sask.), 20707, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Québec c. Sioui* (Qué.), 20628, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Public Service Alliance of Canada (Supply and Services Union, Local 50057) v. Gendron* (Man.), 20708, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.

- R. v. Alberta Institute on Mental Retardation* (F.C.A.)(Alta.), 20622, leave to appeal refused with costs, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Docherty* (Crim.)(Nfld.), 20810, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Great West Life Assurance Co.* (N.B.), 20673, notice of discontinuance filed, 11.2.88, avis de désistement produit.
- R. v. Iron* (Crim.)(Sask.), 20290, leave to appeal granted, 28.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Jimmy* (Crim.)(B.C.), 20595, leave to appeal refused, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Keating* (Crim.)(P.E.I.), 20862, leave to appeal refused, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Kennedy* (Crim.)(Ont.), 20733, leave to appeal refused, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Kuldip* (Crim.)(Ont.), 20803, leave to appeal granted, 30.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Lagiorgia* (C.A.F.)(Qué.), 20620, leave to appeal refused with costs, 11.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. McClurg* (F.C.A.)(Sask.), 20751, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Rooke* (Crim.)(B.C.), 20480, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Wood* (Crim.)(Alta.), 20773, leave to appeal refused, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Rawluk v. Rawluk* (Ont.), 20736, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Reference concerning the right of an accused to use French in criminal proceedings in the courts of Saskatchewan* (Sask.), 20604, notice of discontinuance filed, 21.6.88, avis de désistement produit.
- Reference Cyanamid Canada Pipeline Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 20724, leave to appeal granted, 25.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Robichaud v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20572, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Rodrigue c. Mathurin* (Qué.), 20760, leave to appeal refused with costs, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royer c. Mignault* (Qué.), 20885, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rubenstein v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20668, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Rudolf Wolff & Co. v. The Queen in right of Canada* (Ont.), 20842, leave to appeal granted, 26.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Sandal v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20805, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Sandhu v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20777, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Santos v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20775, leave to appeal refused, 20.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Sauro c. Cain* (Qué.), 20722, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Savage v. Amoco Acquisition Co. Ltd.* (Alta.), 20940, leave to appeal refused with costs, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schaufele v. The Queen* (Ont.), 20677/88, notice of discontinuance filed, 19.5.88, avis de désistement produit.
- Schimmens v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20494, leave to appeal granted, 25.2.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Scott v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20615, leave to appeal refused, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Seaboyer v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20666, leave to appeal granted, 16.5.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Shaw v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 20827, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.

- Sheffield Properties Ltd. v. Lawson* (Alta.), 20781, leave to appeal refused with costs, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sibbeston v. Attorney General of Canada* (N.W.T.), 20855, leave to appeal refused, 2.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Simpson v. Simpson* (B.C.), 20901, leave to appeal refused, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Société canadienne d'hypothèques et de logement c. Immeubles Turret Inc.* (Qué.), 20867, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société canadienne d'hypothèques et de logement c. Turenne* (Qué.), 20868, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société zoologique de St-Félicien Inc. c. Castonguay* (Qué.), 20556, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sous-ministre du revenu du Québec c. Place Bonaventure Inc.* (Qué.), 20651, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St. Eloi v. Boe* (B.C.), 20662, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St. Pierre v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 20675, leave to appeal refused, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Stelco Inc. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 20656, leave to appeal granted, 25.1.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Stott v. Merit Investment Corporation* (Ont.), 20878, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Style Furniture (Vegreville) Ltd. v. Zurich Insurance Company* (Alta.), 20869, leave to appeal refused with costs, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sullivan v. Newsome* (Alta.), 20563, leave to appeal refused with costs, 22.2.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand (CSN) c. Curateur public, en la personne de dame Lucienne Robillard* (Qué.), 20633, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat national des employés de magasins de Québec Inc. c. Jutras* (Qué.), 20639, leave to appeal refused with costs, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Télé-Métropole Inc. c. Bishop* (C.A.F.)(Ont.), 20695, leave to appeal granted, 2.6.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Thorsten v. The Queen* (Crim.)(Man.), 20789, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Travaglione v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20841, leave to appeal refused, 26.4.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Tremblay c. Gaz Inter-Cité Québec Inc.* (Qué.), 20786, leave to appeal refused with costs, 25.4.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trimarchi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20711, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Trobert v. Rural Municipality of Lomond No. 37* (Sask.), 20663, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tsang v. Coates* (Ont.), 20550, leave to appeal refused, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- University of British Columbia v. Connell* (B.C.), 20785, leave to appeal granted, 21.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Vancouver General Hospital v. Stoffman* (B.C.), 20795, leave to appeal granted, 21.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Vernachia c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20730, leave to appeal refused, 28.4.88, autorisation de pourvoi refusée.

- Vernacchia c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20731, leave to appeal refused, 28.4.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Vojic v. Ministry of National Revenue* (F.C.A.)(Ont.), 20667, leave to appeal refused, 28.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Vojic v. Ministry of National Revenue* (F.C.A.)(Ont.), 20863, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Waddell v. Attorney General of Canada* (B.C.), 20870, leave to appeal refused, 26.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Walker v. Manitoba Public Insurance Corporation* (Man.), 20693, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Walters v. Northland Bank* (B.C.), 20853, leave to appeal refused with costs, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Weinkauf v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Man.), 20541, leave to appeal refused, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Weyer v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 20884, leave to appeal refused, 16.5.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Whitehall Holdings Ltd. v. Hawboldt Metal Fabricators Inc.* (N.S.), 20539, leave to appeal refused with costs, 26.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Whonnock Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (B.C.), 20591, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wilson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20332, leave to appeal granted, 28.4.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Wong v. Hung* (Ont.), 20554, leave to appeal refused with costs, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wong v. Shui Pong Enterprises (Canada) Ltd.* (Ont.), 20555, leave to appeal refused, 25.1.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Woodwark v. Woodwark* (B.C.), 20897, leave to appeal refused, 6.6.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Yao v. Exide Canada Inc.* (Man.), 20337, notice of discontinuance filed, 4.2.88, avis de désistement produit.
- Yes Holdings Ltd. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20750, leave to appeal refused, 21.3.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Young v. The Queen* (Ont.), 20681, notice of discontinuance filed, 27.1.88, avis de désistement produit.
- Zivot v. Haughton Graphics Ltd.* (Ont.), 20890, leave to appeal refused with costs, 30.6.88, 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			
Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board).....	897	Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault	1033
Antoine, R. v.	212	Côte Saint-Luc (Town of) v. Stern	215
Attorney General see “Canada” or the name of province		Courtois, Canadian National Railway Co. v.	868
		Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.	1186
		Cronin, R. v.	213
		Crown Zellerbach Canada Ltd., R. v.	401
B		D	
B.A.C.M. Industries Ltd., LoCicero v.	399	Dairy Supplies Ltd., R. v.	665
Bachman, R. v.	1094	Drumheller (City), Canadian Pacific Ltd. v.	1091
Bédard, R. v.	233	Dufresne, R. v.	1095
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	749		
Booth, R. v.	663	F	
British Columbia (Workers' Compensation Board), Alltrans Express Ltd. v.	897	Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	1061
		Francis, R. v.	1025
C		Fredrikson, Insurance Corporation of British Columbia v.	1089
C. (G. C.), New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v.	1073		
Canada (Attorney General), Hills v.	513	G	
Canada (Attorney General), Shaklee Canada Inc. v.	662	Godin, R. v.	226
Canadian National Railway Co. v. Courtois.....	868	Graham, R. v.	214
Canadian National Railway Co., Stamper v.	396	Green, R. v.	228
Canadian Pacific Ltd. v. Drumheller (City)	1091		
Central Trust Co. v. Rafuse.....	1206	H	
Churchill Falls (Labrador) Corp., Hydro-Québec v.	1087	Hills v. Canada (Attorney General)	513
Churchill Falls (Labrador) Corp., Newfoundland (Attorney General) v.	1085	Holmes, R. v.	914
Commission see “Canada” or the name of province		Horse, R. v.	187
Corbett, R. v.	670	Hufsky, R. v.	621
Cormier, Northern Telecom Ltd. v.	996		
Cornell, R. v.	461		

	PAGE		PAGE
Hydro-Québec v. Churchill Falls (Labrador) Corp.	1087	N	
		New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G. C.)	1073
I		Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp.	1085
Industries Providair Inc. v. Kolomeir	1132	Northern Telecom Ltd. v. Cormier	996
Insurance Corporation of British Columbia v. Fredrikson	1089	O	
Iuculano and Borrelli, R. v.	667	Office see "Canada" or the name of province	
		Omega Oil and Gas Ltd., Molchan v.	348
J		P	
James, R. v.	669	Parisien, R. v.	950
Johnson, Washington (State of) v.	327	Q	
		Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), Federal Business Development Bank v.	1061
K		Queen see "R."	
Keyowski, R. v.	657	Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), Bell Canada v.	749
Kolomeir, Industries Providair Inc. v.	1132	R	
		R. v. Antoine	212
L		R. v. Bachman	1094
Lafrance, R. v.	617	R. v. Bédard	233
Lang, R. v.	618	R. v. Booth	663
Lawrence, R. v.	619	R. v. Corbett	670
Leblanc v. Leblanc	217	R. v. Cornell	461
Lévesque, R. v.	231	R. v. Cronin	213
LoCicero v. B.A.C.M. Industries Ltd.	399	R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.	401
Lockheimer, Sacchetti v.	1049	R. v. Dairy Supplies Ltd.	665
		R. v. Dufresne	1095
M		R. v. Francis	1025
Mercure, R. v.	234	R. v. Godin	226
Miller, R. v.	230	R. v. Graham	214
Minister see "Canada" or the name of province		R. v. Green	228
Molchan v. Omega Oil and Gas Ltd.	348	R. v. Holmes	914
Montreal Gazette Ltd., Snyder v.	494	R. v. Horse	187
Moore, R. v.	1097		
Morgentaler, R. v.	30		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)	897	Cormier, Northern Telecom Ltée c.	996
Antoine, R. c.	212	Cornell, R. c.	461
B			
B.A.C.M. Industries Ltd., LoCicero c.	399	Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault	1033
Bachman, R. c.	1094	Côte Saint-Luc (Cité de) c. Stern	215
Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	1061	Courtois, Compagnie des chemins de fer nation- aux du Canada c.	868
Bédard, R. c.	233	Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.	1186
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	749	Cronin, R. c.	213
Booth, R. c.	663	Crown Zellerbach Canada Ltd., R. c.	401
C			
C. (G. C.), Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c.	1073	D	
Canada (Procureur général), Hills c.	513	Dairy Supplies Ltd., R. c.	665
Canada (Procureur général), Shaklee Canada Inc. c.	662	Drumheller (Ville), Canadien Pacifique Ltée c.	1091
Canadien Pacifique Ltée c. Drumheller (Ville)	1091	Dufresne, R. c.	1095
Central Trust Co. c. Rafuse	1206	F	
Churchill Falls (Labrador) Corp., Hydro-Québec c.	1087	Francis, R. c.	1025
Churchill Falls (Labrador) Corp., Terre-Neuve (Procureur général) c.	1085	Fredrikson, Insurance Corporation of British Columbia c.	1089
Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board), Alltrans Express Ltd. c.	897	G	
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois	868	Godin, R. c.	226
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Stamper c.	396	Graham, R. c.	214
Commission voir «Canada» ou nom de la province		Green, R. c.	228
Corbett, R. c.	670	H	
		Hills c. Canada (Procureur général)	513
		Holmes, R. c.	914
		Horse, R. c.	187
		Hufsky, R. c.	621

	PAGE		PAGE
Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.	1087	N	
I		Northern Telecom Ltée c. Cormier.....	996
Industries Providair Inc. c. Kolomeir.....	1132	Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G. C.).....	1073
Insurance Corporation of British Columbia c. Fredrikson	1089	O	
Iuculano et Borrelli, R. c.....	667	Office voir «Canada» ou nom de la province	
J		Omega Oil and Gas Ltd., Molchan c.....	348
James, R. c.	669	P	
Johnson, Washington (État de) c.....	327	Parisien, R. c.	950
K		Procureur général voir «Canada» ou nom de la province	
Keyowski, R. c.	657	Q	
Kolomeir, Industries Providair Inc. c.....	1132	Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), Banque fédérale de développement c.	1061
L		Québec, (Commission de la santé et de la sécurité du travail), Bell Canada c.....	749
La Reine voir «R.»		R	
Lafrance, R. c.	617	Reine voir «R.»	
Lang, R. c.	618	R. c. Antoine	212
Lawrence, R. c.	619	R. c. Bachman.....	1094
Leblanc c. Leblanc.....	217	R. c. Bédard.....	233
Lévesque, R. c.	231	R. c. Booth.....	663
LoCicero c. B.A.C.M. Industries Ltd.	399	R. c. Corbett.....	670
Lockheimer, Sacchetti c.....	1049	R. c. Cornell	461
M		R. c. Cronin	213
Mercure, R. c.	234	R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.....	401
Miller, R. c.	230	R. c. Dairy Supplies Ltd.	665
Ministre voir «Canada» ou nom de la province		R. c. Dufresne	1095
Molchan c. Omega Oil and Gas Ltd.	348	R. c. Francis	1025
Montreal Gazette Ltd., Snyder c.	494	R. c. Godin	226
Moore, R. c.	1097	R. c. Graham.....	214
Morgentaler, R. c.	30	R. c. Green	228
		R. c. Holmes.....	914
		R. c. Horse.....	187

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Aas v. Benham	[1891] 2 Ch. 244	975
Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers	(1854), 1 Macq. 461	368, 389
Abrahams c. Procureur général du Canada	[1983] 1 R.C.S. 2	535, 560
Abrahams v. Attorney General of Canada	[1983] 1 S.C.R. 2	535, 560
Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleum Ltd.	(1975), 60 D.L.R. (3d) 658	368, 389
Adams v. McLeod	[1978] 2 S.C.R. 621	1077
Affaire du "Lotus"	(1927), C.P.J.I. Série A, n° 10	959
Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières	[1969] S.C.R. 851	825
Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1988] 1 S.C.R. 897	756, 871
Alltrans Express Ltd. and Workers' Compensation Board of British Columbia, Re	(1980), 116 D.L.R. (3d) 79; (1983), 149 D.L.R. (3d) 385	764, 769
Amato v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 418	989
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	500
Angus v. City of Edmonton	(1977), 3 A.R. 116	382
Anti-Inflation Act, Re	[1976] 2 S.C.R. 373	424, 441
Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.	[1975] 3 All E.R. 901	587
Argyll v. Argyll	[1965] 2 W.L.R. 790	975
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287	505
Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes	[1979] 1 R.C.S. 120	551
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta	[1916] 1 A.C. 588	766
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia	[1930] A.C. 111	449, 826
Attorney-General for New South Wales v. Trethowan	[1932] A.C. 526	279
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion	[1896] A.C. 348	423
Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation	[1946] A.C. 193	423
Attorney-General for Ontario v. Israel Winner	[1954] A.C. 541	861
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	264

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association	[1983] 1 S.C.R. 498	825
Attorney General of Manitoba v. Forest	[1979] 2 S.C.R. 1032	322
Attorney-General of Quebec and A. & F. Baillargeon Express Inc., Re	(1978), 97 D.L.R. (3d) 447	845
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 218	882
Attorney General of Quebec v. Blaikie	[1979] 2 S.C.R. 1016	252
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486 52, 89, 174, 940, 1161	
Baby Duffell: Martin v. Duffell, Re	[1950] S.C.R. 737	1079
Beaudoin v. Rodrigue	[1952] Q.B. 83	600
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56	471
Bell Canada v. Commission de la santé et de la sécurité du travail ...	[1983] C.S. 677	845
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	871, 900
Bell Telephone Co. of Canada v. Minimum Wage Commission	[1966] Q.B. 301	827
Belon c. Maurey	Paris, 1 ^{re} Ch. C, January 12, 1979, Rev. arb., 1980.83	595
Bergstrom v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 539	948
Bewick v. Mecham	156 P.2d 757 (1945)	590
Bilodeau c. Procureur général du Manitoba	[1986] 1 R.C.S. 449	275
Bilodeau v. Attorney General of Manitoba	[1986] 1 S.C.R. 449	275
Black Forest Restaurant Ltd., Re	(1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176	1071
Blanchet v. Corneau	[1985] C.S. 299	509
Boardman v. Phipps	[1967] 2 A.C. 47	975
Bos v. Helsham	(1866), L.R. 2 Ex. 72	586
Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada ..	[1980] 1 R.C.S. 914	424
Bribery Commissioner v. Ranasinghe	[1965] A.C. 172	277
Brownridge v. The Queen	[1972] S.C.R. 926	930, 946
Broydon Printers Ltd., Re	(1975), 19 C.B.R. (N.S.) 226	1068
C		
C.(G.) v. V.-F.(T.)	[1987] 2 S.C.R. 244	612
Campbell v. Walker	(1800), 5 Ves. Jun. 678, 31 E.R. 801 ...	370, 391
Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.	[1954] S.C.R. 207	862
Campbellford; Lake Ontario and Western Railway Co. v. Massie	(1914), 50 S.C.R. 409	589
Canada Metal Co. and The Queen, Re	(1982), 144 D.L.R. (3d) 124	447
Canadian Human Rights Commission v. Haynes	(1983), 46 N.R. 381	808
Canadian National Railway Co. v. Courtois	[1988] 1 S.C.R. 868	757, 900
Canadian Pacific Ltd. and Attorney-General of Alberta, Re	(1980), 108 D.L.R. (3d) 738	808
Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada	[1986] 1 S.C.R. 678	535
Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours	[1899] A.C. 367	762, 885
Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada	[1986] 1 R.C.S. 678	535

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Car and General Insurance Corp. v. Seymour	[1956] S.C.R. 322	1202
Cardinal c. Procureur général de l'Alberta	[1974] R.C.S. 695	1028
Cardinal v. Attorney General of Alberta	[1974] S.C.R. 695	1028
Caron v. Caron	[1987] 1 S.C.R. 892	1077
Carter v. Ferguson	[1943] 2 W.W.R. 38	382
Carus-Wilson and Greene	(1886), 18 Q.B.D. 7	586
Cayrol c. Cayrol	Cass. civ. 1 ^{re} Ch., October 26, 1976, Rev. arb., 1977.336	595
Chamberland v. Corporation du Village de Mont-Joli	(1936), 74 C.S. 529	599
Chambers v. Goldthorpe	[1901] 1 Q.B. 624	586
Cheyenne Realty Ltd. v. Thompson	[1975] 1 S.C.R. 87	1117
Chromiak v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 471	646
Church v. Racicot	(1912), 21 K.B. 471	597
City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.	462 U.S. 416 (1983)	170
Clarke v. Gerbrandt	(1984), 34 Alta. L.R. (2d) 289	82
Clay v. Thomas	198 S.W. 762 (1917)	391
Colberg v. Braunberger's Estate	(1978), 12 A.R. 183	381
Collin v. Lussier	[1983] 1 F.C. 218	105
Collins v. Collins	(1858), 26 Beav. 306, 53 E.R. 916	585
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739	26
Commissaire régional à l'évaluation, région numéro 13 c. Down- town Oshawa Property Owners' Association	[1978] 2 R.C.S. 1030	1171
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada ...	[1966] S.C.R. 767	762, 884
Communauté urbaine de Montréal v. Dorchester Commerce Realty Ltd.	[1984] C.A. 426	1017
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois	[1988] 1 R.C.S. 868	757, 900
Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée	(1939), 67 K.B. 536	615
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum	[1979] 1 R.C.S. 754	844, 885
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission	[1979] 1 S.C.R. 754	844, 885
Corbett v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 275	679
Corporation de la Ville de Beauharnois v. Liverpool & London & Globe Ins. Co.	(1906), 15 K.B. 235	597
Corporation du Village de Tadoussac v. Brisson	[1959] Q.B. 644	599
Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilote Inc.	[1983] R.D.J. 583	579
Côté v. Syndicat des travailleuses et travailleurs municipaux de la ville de Gaspé	J.E. 87-720	509
Cotroni c. Procureur général du Canada	[1976] 1 R.C.S. 219	341
Cotroni v. Attorney General of Canada	[1976] 1 S.C.R. 219	341
Cour des sessions de la paix du district de Montréal v. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural et ornemental, local 711	[1970] C.A. 512	845
Courtney and Mackie, Re	(1972), 23 D.L.R. (3d) 564	370, 391
Culley and Canadian Pacific Air Lines Ltd., Re	[1977] 1 W.W.R. 393	845

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
D		
Daniels v. White and The Queen.....	[1968] S.C.R. 517.....	192
Deacon v. The King.....	[1947] S.C.R. 531.....	695
Dedman v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 2.....	631
Delaware v. Prouse.....	440 U.S. 648 (1979).....	637
Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board.....	[1985] 1 S.C.R. 785.....	1063
Deputy Minister of Revenue v. Rainville.....	[1980] 1 S.C.R. 35.....	1065
Derrickson v. Derrickson.....	[1986] 1 S.C.R. 285.....	762
Desrosiers v. Publications Claude Daigneault Inc.....	[1982] C.S. 613.....	509
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal.....	[1978] 1 R.C.S. 152.....	893
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail.....	[1978] 1 S.C.R. 152.....	893
Di Trento c. Pinatel.....	Cass. civ. 2 ^e Ch., November 7, 1974, Rev. arb., 1975.302.....	593
Dick v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 309.....	210, 762, 1028
Dimanche-Matin Ltée v. Fabien.....	J.E. 83-971.....	509
Director of Public Prosecutions v. Boardman.....	[1975] A.C. 421.....	725
Distilleries de Bretagne et de Normandie c. Société privée d'exploit- ation immobilière.....	Trib. civ. Seine, 1 ^{re} Ch., February 8, 1956, Rev. arb., 1957.25.....	594
Doe v. Bolton.....	410 U.S. 179 (1973).....	169
Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc.....	[1980] 2 S.C.R. 865.....	381
Doyle v. The Queen.....	[1977] 1 S.C.R. 597.....	1120, 1130
Dube v. Labar.....	[1986] 1 S.C.R. 649.....	1202
Dubois v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 350.....	1046, 1158, 1168
Dunbar and Sullivan Dredging Co. v. The Ship "Milwaukee".....	(1907), 11 Ex. C.R. 179.....	959
Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.....	(1920), 60 S.C.R. 310.....	1198
Dupont v. Rheault.....	[1987] R.J.Q. 1121.....	1043
Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.....	[1985] 1 S.C.R. 589.....	1203
E		
Economic Realty Ltd. v. Benoît.....	[1946] C.S. 81.....	1060
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124.....	252
Eisenstadt v. Baird.....	405 U.S. 438 (1972).....	168
Ex P. James.....	(1803), 8 Ves. Jun. 337, 32 E.R. 385... ..	368, 389
Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.....	[1897] 2 Ch. 48.....	975
Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co.....	[1896] 1 Q.B. 147.....	975
Exchange Telegraph Co. v. Howard.....	(1906), 22 T.L.R. 375.....	975
F		
Faber v. The Queen.....	[1976] 2 S.C.R. 9.....	893
Farley v. Davis.....	116 P.2d 263 (1941).....	391
Farmer v. Dean.....	(1863), 32 Beav. 327, 55 E.R. 128.....	370, 391
Ferguson v. Skrupka.....	372 U.S. 726 (1963).....	138
Field Aviation Co. and International Association of Machinists & Aerospace Workers Local Lodge 1579, Re.....	(1974), 45 D.L.R. (3d) 751.....	845

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Finnegan v. Allen	[1943] 1 K.B. 425	587
Flamand v. Bienvenue	[1971] R.P. 49	509
Flamand v. Bonneville	[1976] C.S. 1580	509
Forest Industries Flying Tankers Ltd. and Kellough, Re	(1980), 108 D.L.R. (3d) 686	807
Fort Frances Pulp & Power Co. v. Manitoba Free Press Co.	[1923] A.C. 695	425
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique	[1980] 1 R.C.S. 1031	844, 1028
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America	[1980] 1 S.C.R. 1031	844, 1028
Fowler v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 213	415, 441
Fraser v. Evans	[1968] 3 W.L.R. 1172	975

G

General Motors Corp. v. Bowling	426 N.E.2d 1210 (1981)	547
General Trust of Canada v. Roland Chalifoux Ltée	[1962] S.C.R. 456	1068
Gordon v. United States	383 F.2d 936 (1967)	740
Gorham v. Communauté urbaine de Montréal	J.E. 87-116	1018
Goupil v. Publications Photo-Police Inc.	[1983] C.S. 875	509
Gouvernement de la république d'Italie c. Piperno	[1982] 1 R.C.S. 320	338
Government of the Republic of Italy v. Piperno	[1982] 1 S.C.R. 320	338
Great West Saddlery Co. v. The King	[1921] 2 A.C. 91	861
Grey v. Pearson	(1857), 6 H.L. Cas. 60	549
Griswold v. Connecticut	381 U.S. 479 (1965)	168

H

Harris v. Director of Public Prosecutions	[1952] A.C. 694	739
Harris v. Minister of the Interior	[1952] 2 S.A.L.R. (N.S.) 428	279
Harrison v. University of British Columbia	[1986] 6 W.W.R. 7	158
Hartford Fire Insurance Co. v. Jones	108 So.2d 571 (1959)	590
Hempler v. Todd	(1970), 14 D.L.R. (3d) 637	1196
Hepton v. Maat	[1957] S.C.R. 606	1079
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	765
Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.	455 U.S. 489 (1982)	139
Holder v. Holder	[1968] Ch. 353	368, 391
Home Insurance Co. de New York v. Capuano	(1926), 41 K.B. 85	597
Honeywell v. Dominick	76 S.E.2d 59 (1953)	390
Hopper, Re	(1867), L.R. 2 Q.B. 367	586
Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner	[1979] A.C. 474	267
Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen	[1957] S.C.R. 403	1172
Hungary and Austria (Extradition) Case	(1929), 5 Ann. Dig. Pub. Int. Law. 275	960
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	52, 140, 638

I

Imprimerie Populaire Ltée v. Hon. L. A. Taschereau	(1922), 34 K.B. 554	508
In re Agar: McNeilly v. Agar	[1958] S.C.R. 52	1079

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
In re Baskerville Estate	[1946] 3 W.W.R. 347	369
In re Centre de golf Mont Peller Inc.: Hébert v. Trust général du Canada	Unreported/Inédit, March 22, 1974, C.A. Mil., No. 09-000498-72	1067
In re Delmar Box Co.	127 N.E.2d 808 (1955)	591
In re Dilasser	(1952), 19 Int. Law Rep. 377	957
In re McKay	(1946), 53 Man. R. 364	538
In re Nielsen	[1984] 1 A.C. 606	344
In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada ..	[1932] A.C. 304	452
In re Sérabec Ltée: Place Desjardins Inc. et Perras, Fafard, Gagnon Inc.	[1985] C.A. 212	1068
In re Waters	93 F.2d 196 (1937)	590
International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association	[1979] 1 S.C.R. 120	551
Interprovincial Co-operatives Ltd. v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 477	417, 445
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1987] 1 R.C.S. 181	1165
Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)	[1987] 1 S.C.R. 181	1165

J

Jack and Charlie v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 332	1166
Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor	[1981] 2 S.C.R. 2	381
Jebsens (U.K.) Ltd. v. Lambert	(1975), 64 D.L.R. (3d) 574	845
Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul	[1952] 1 S.C.R. 292	424, 452, 842
Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick	[1975] 2 R.C.S. 182	267, 304
Jones v. Attorney General of New Brunswick	[1975] 2 S.C.R. 182	266, 304
Jones v. Meehan	175 U.S. 1 (1899)	203
Jordan House Ltd. v. Menow	[1974] S.C.R. 239	1190
Joshua v. The Queen	[1955] A.C. 121	77
Joyal v. Air Canada	[1976] C.S. 1211	845

K

Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729	1113
King v. Low	[1985] 1 S.C.R. 87	1079
Kipp v. Attorney-General for Ontario	[1965] S.C.R. 57	1118
Koufis v. The King	[1941] S.C.R. 481	688
Krofchick and Provincial Insurance Co., Re	(1978), 21 O.R. (2d) 805	588
Kruger v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 104	210, 1028
Kuruma v. The Queen	[1955] A.C. 197	737

L

Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada	[1980] 1 S.C.R. 914	424
Lachapelle v. Véronneau	[1980] C.S. 1136	509
Laliberté v. Larue	[1931] S.C.R. 7	1068

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Langlais c. Bruneau	Nancy, 1 ^{re} Ch., December 12, 1985, Rev. arb., 1986.255.....	595
Langlois v. Drapeau	[1962] Q.B. 277	509
Latour v. The King	[1951] S.C.R. 19.....	935
Lattoni and Corbo v. The Queen.....	[1958] S.C.R. 603.....	1117
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	89, 167
Leatherdale v. Leatherdale	[1982] 2 S.C.R. 743	223
Lensen v. Lensen.....	[1987] 2 S.C.R. 672	381
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers	[1975] 1 S.C.R. 178	820
Lewis v. Todd	[1980] 2 S.C.R. 694	381
Linney v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 646	935
Little v. State.....	479 A.2d 903 (Md. 1984)	637
Loving v. Virginia	388 U.S. 1 (1967)	169
Luck v. United States	348 F.2d 763 (1965)	730
Lumley v. Gye.....	(1853), 2 Bl. & Bl. 216, 118 E.R. 749.....	359
Lumley v. Wagner	(1852), 1 De G. M. & G. 604, 42 E.R. 687	359
Lyons v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 633	620

M

M'Culloch v. Maryland.....	17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)	259
MacDonald v. City of Montreal	[1986] 1 S.C.R. 460	272, 304
MacDonald v. Vapor Canada Ltd.....	[1977] 2 S.C.R. 134	416, 442
MacDonald c. Ville de Montréal.....	[1986] 1 R.C.S. 460	272, 304
MacKay v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 370	470
Mahoney v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 834.....	27
Makin v. Attorney-General for New South Wales.....	[1894] A.C. 57.....	688, 725
Malone's Guardian Ad Litem v. Malone.....	73 S.W.2d 38 (1934).....	390
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.....	[1987] 1 S.C.R. 110	558
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.....	[1987] 1 R.C.S. 110	558
Manufacture de seaux et de boîtes de Trois-Rivières v. Béliveau	(1920), 30 K.B. 389.....	1067
Maxwell v. Director of Public Prosecutions	[1935] A.C. 309	712
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough.....	[1976] 1 S.C.R. 718	551
McGregor v. Montreal Gazette Ltd.....	[1982] C.S. 900.....	509
McKay v. Mackedie.....	(1897), 11 C.S. 513	599
McKinney v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 401	194
McKinnon c. L'Honorable juge Dubé.....	[1977] 2 C.F. 569	523, 562
McKinnon v. The Honourable Mr. Justice Dubé	[1977] 2 F.C. 569	523, 562
McMartin v. The Queen	[1964] S.C.R. 484.....	484
Menow v. Honsberger.....	[1971] 1 O.R. 129, 14 D.L.R. (3d) 545.....	1195
Métivier v. Cadorette.....	[1977] 1 S.C.R. 371	381
Meyer v. Nebraska	262 U.S. 390 (1923)	167
Mezzo v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 802	130
Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co.....	[1958] S.C.R. 314.....	369
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863	55, 1123
Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.....	449 U.S. 456 (1981)	139
Mitchell Estates, Re	(1956), 19 W.W.R. 86.....	392

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Moores and Feldstein, Re	(1973), 12 R.F.L. 273	1079
Moosehunter v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 282	195
Morgentaler v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 616	45, 86
Morozuk v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 31	1109
Morris v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 190	714
Morris v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 405	735
Morse v. Hill	136 Mass. 60 (1883)	391
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	766, 1029
Munro v. National Capital Commission	[1966] S.C.R. 663	424, 452
Myran v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 137	192

N

Nathanson, Re	(1971), 18 D.L.R. (3d) 495	393
Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare	[1976] 2 S.C.R. 751	762
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. H.(C.)	[1988] N.B.J. No. 27	1081
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. M.(L.)	[1988] N.B.J. No. 132	1081
New Orleans v. Dukes	427 U.S. 297 (1976)	139
Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp.	[1988] 1 S.C.R. 1085	1087
Noor Mohamed v. The King	[1949] A.C. 182	737
Northern Telecom Ltd v. Communications Workers of Canada	[1980] 1 S.C.R. 115	844
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada	[1980] 1 R.C.S. 115	844
Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 292	416, 441
Novic v. Novic	[1983] 1 S.C.R. 696	1077
Novic v. Public Prosecutor of the Canton of Basel-Stadt	(1955), 22 Int. Law Rep. 515	960
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	202

O

Office de la construction du Québec v. Cie des chemins de fer nationaux du Canada	J.E. 83-198	845
Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski	(1973), 54 D.L.R. (3d) 339	1196
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	992
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	262
Ouellette v. Cie d'assurance mutuelle de commerce contre l'incendie Outboard, Marine & Mfg. Co. v. Gordon	[1949] R.L. 163	597
Outboard, Marine & Mfg. Co. v. Gordon	87 N.E.2d 610 (1949)	546
Oxford v. Moss	(1978), 68 Cr. App. R. 183	976

P

Palmer and Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	484
Pappa v. Rose	(1871), L.R. 7 C.P. 32	587
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	1174
Paquette v. R. in Right of Canada	(1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38	255

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Paton c. Royaume-Uni	(1980), 3 E.H.R.R.	46
Patterson & Nanaimo Dry Cleaning & Laundry Workers Union, Local No. 1, Re	[1947] 4 D.L.R. 159	551
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801	1077
Pentecost c. Pantaloni; Société Creaciones Reval c. Société Cerruti 1881	Cass. civ. 2 ^e Ch., June 7 and November 30, 1978, Rev. arb., 1979.343	595
Peralta and The Queen in Right of Ontario, Re	(1985), 49 O.R. (2d) 705	157
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	935
Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd.	[1963] 3 All E.R. 402	975
Petersen v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 493	990, 1103, 1130
Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	(1986), 19 C.C.L.I. 91	588
Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national	[1977] 1 R.C.S. 456	549
Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue	[1977] 1 S.C.R. 456	549
Pierce v. Society of Sisters	268 U.S. 510 (1925)	167
Poirier v. Leblanc	[1983] C.S. 1214	509
Poulin, Re	(1968), 64 W.W.R. 705	258
Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish	[1966] S.C.R. 551	975
Preferred Insurance Co. v. Richard Parks Trucking Co.	158 So.2d 817 (1963)	590
Preload Co. of Canada Ltd. v. Regina (City of)	(1953), 10 W.W.R. (N.S.) 241	588
Premier Trust Co. and Hoyt and Jackman, Re	(1969), 3 D.L.R. (3d) 417	589
Prince and Myron v. The Queen	[1964] S.C.R. 81	194
Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Associa- tion	[1983] 1 R.C.S. 498	825
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée	[1983] 2 R.C.S. 206	264
Procureur général du Manitoba c. Forest	[1979] 2 R.C.S. 1032	322
Procureur général du Québec c. Blaikie	[1979] 2 R.C.S. 1016	252
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 218	882
Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan	[1941] S.C.R. 396	765

R

R. v. Altseimer	(1982), 1 C.C.C. (3d) 7	646
R. v. Antoine	(1983), 5 C.C.C. (3d) 97	1174
R. v. Appleby	[1972] S.C.R. 303	926
R. v. Beason	(1983), 36 C.R. (3d) 73	1104
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	51, 140, 163, 939, 1043
R. v. Bird	[1970] 3 C.C.C. 340	974
R. v. Bodnarchuk	(1949), 94 C.C.C. 279	689
R. v. Boles	(1984), 57 A.R. 232	491
R. v. Brown	(1978), 38 C.C.C. (2d) 339	686, 720
R. v. Buckle	(1949), 94 C.C.C. 84	485
R. v. Burke	(1985), 82 Cr. App. R. 156	741
R. v. Butterwasser	[1948] 1 K.B. 4	696
R. v. Caddedu	(1982), 40 O.R. (2d) 128	54
R. v. Campbell	(1977), 38 C.C.C. (2d) 6	24

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Caron	(1971), 9 C.C.C. (2d) 447	16
R. v. Charlesworth	(1861), 1 B. & S. 460, 121 E.R. 786	1111
R. v. Charlie and Joe	[1985] 4 W.W.R. 472	1029
R. v. Chiasson	(1982), 39 N.B.R. (2d) 631	1031
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	666
R. v. Cook	(1959), 43 Cr. App. R. 138	742
R. v. Cooper	[1978] 1 S.C.R. 860	928
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	994
R. v. Cornell	[1988] 1 S.C.R. 461	629
R. v. Côté	[1978] 1 S.C.R. 8	1106
R. v. Crux and Polvliet	(1971), 2 C.C.C. (2d) 427	957
R. v. D'Aoust	(1902), 5 C.C.C. 407	685, 721
R. v. Danson	(1982), 66 C.C.C. (2d) 369	696
R. v. Davison, DeRosie and MacArthur	(1974), 20 C.C.C. (2d) 424	691
R. v. DeMarco	(1973), 13 C.C.C. (2d) 369	332, 346
R. v. Dickson and Corman	(1982), 3 C.C.C. (3d) 23, 145 D.L.R. (3d) 164	1162
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	123, 634, 653, 1165
R. v. Ellis	(1972), 6 C.C.C. (2d) 220	16
R. v. Feeny	(1946), 86 C.C.C. 429	487
R. v. Ferguson	[1987] 6 W.W.R. 481	1177
R. v. Flower	[1966] 1 Q.B. 146	491
R. v. Frohman	(1987), 56 C.R. (3d) 130	478
R. v. Fushtor	(1946), 85 C.C.C. 283	689, 722
R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd	(1973), 12 C.C.C. (2d) 169	1118
R. v. Geddes	(1979), 52 C.C.C. (2d) 230	696
R. v. Gilson	[1965] 2 O.R. 505	925
R. v. Giraldi	(1975), 28 C.C.C. (2d) 248	24
R. v. Goguen	Unreported/Inédit, November 16, 1982, Que. S.C.	994
R. v. Grosse	(1983), 9 C.C.C. (3d) 465	687, 707
R. v. Haire	(1958), 29 C.R. 233	925
R. v. Hamill	[1987] 1 S.C.R. 301	666
R. v. Hamilton	(1986), 57 O.R. (2d) 412	478
R. v. Hardiman	(1987), 35 C.C.C. (3d) 226	478
R. v. Hardy	(1980), 57 C.C.C. (2d) 73	973
R. v. Hauser	[1979] 1 S.C.R. 984	452, 417, 452
R. v. Howard and Trudel	(1983), 3 C.C.C. (3d) 399	15
R. v. Hubbert	(1975), 29 C.C.C. (2d) 279	992
R. v. Hufsky	(1984), 14 O.A.C. 1	466
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621	654
R. v. Huluszkiw	(1962), 37 C.R. 386	490
R. v. Hunt, Nadeau, and Paquette	(1974), 16 C.C.C. (2d) 382	1109
R. v. Isaac	(1973), 14 C.C.C. (2d) 374	1030
R. v. James	[1988] 1 S.C.R. 669	1166
R. v. Jarosz	(1982), 3 C.R.R. 333	681, 707
R. v. Jenkins	(1945), 31 Cr. App. R. 1	742
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	658, 990, 1117

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Johns	(1962), 133 C.C.C. 43	1030
R. v. Jones	(1960), 128 C.C.C. 230	925
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	52, 166
R. v. Jordan	(1971), 1 C.C.C. (2d) 385	1042
R. v. Kenny	(1982), 20 Sask. R. 361	1031
R. v. Kernychne	Unreported/Inédit, March 17, 1965, Ont. C.A.	925
R. v. Kissick	(1951), 100 C.C.C. 130	488
R. v. Ko and Yip	[1977] 3 W.W.R. 447	1113
R. v. Kozak and Moore	(1975), 20 C.C.C. (2d) 175	921, 944
R. v. Kray	(1969), 53 Cr. App. R. 412	992
R. v. Kulba	(1986), 27 C.C.C. (3d) 349	690, 707
R. v. Lakatos	(1961), 129 C.C.C. 387	485
R. v. Lane and Ross	(1969), 6 C.R.N.S. 273	694, 727
R. v. Laurier	(1983), 1 O.A.C. 128	696
R. v. Lefebvre	(1982), 21 Alta. L.R. (2d) 65	255, 319
R. v. Leforte	(1961), 131 C.C.C. 169	734
R. v. Little Bear	(1958), 25 W.W.R. 580	200
R. v. Lucas	(1986), 27 C.C.C. (3d) 229	1163
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	175
R. v. MacDonald	(1939), 72 C.C.C. 182	696
R. v. MacGregor	(1981), 64 C.C.C. (2d) 353	319
R. v. Major	[1977] 1 S.C.R. 826; (1975), 10 N.S.R. (2d) 348	1106, 1107
R. v. Makow	(1974), 20 C.C.C. (2d) 513	992
R. v. Maloney	(1982), 51 N.S.R. (2d) 441	1029
R. v. Mannion	[1986] 2 S.C.R. 272	695
R. v. McCaugherty	[1971] 2 W.W.R. 579	1043
R. v. McRae	(1967), 50 C.R. 325	925
R. v. Miller and Cockriell	(1975), 24 C.C.C. (2d) 401	13
R. v. Moore	(1956), 40 Cr. App. R. 50	18
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	1044
R. v. Mousseau	[1980] 2 S.C.R. 89	192
R. v. Murphy	(1968), 69 D.L.R. (2d) 530	258
R. v. Negridge	(1980), 54 C.C.C. (2d) 304	467
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103 122, 165, 373, 634, 653, 945, 1045, 1177	
R. v. Offley	(1986), 28 C.C.C. (3d) 1	973
R. v. Olan	[1978] 2 S.C.R. 1175	968
R. v. Parent	(1986), 23 C.R.R. 291	994
R. v. Patterson	(1961), 46 Cr. App. R. 106	927
R. v. Pentiluk and MacDonald	(1974), 28 C.R.N.S. 324	16
R. v. Plank	(1986), 28 C.C.C. (3d) 386	1114
R. v. Powell	(1977), 37 C.C.C. (2d) 117	722
R. v. Powell	(1985), 82 Cr. App. R. 165	741
R. v. Prince	(1962), 40 W.W.R. 234	194
R. v. Prince	[1986] 2 S.C.R. 480	667
R. v. Proudlock	[1979] 1 S.C.R. 525	931

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Riddle.....	[1980] 1 S.C.R. 380	1103
R. v. Rinnie.....	[1970] 3 C.C.C. 218	1113
R. v. Rossignol.....	Unreported/Inédit, February 17, 1984, Ontario Provincial Court,.....	465
R. v. Rudd.....	(1948), 32 Cr. App. R. 138	694
R. v. Sang.....	[1980] A.C. 402	733
R. v. Santeramo.....	(1976), 32 C.C.C. (2d) 35.....	947
R. v. Sault Ste. Marie.....	[1978] 2 S.C.R. 1299	1174
R. v. Scallen.....	(1974), 15 C.C.C. (2d) 441.....	968
R. v. Seo.....	(1986), 25 C.C.C. (3d) 385	634, 652
R. v. Sheets.....	[1971] S.C.R. 614.....	1104
R. v. Shipley.....	(1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774	78
R. v. Sieben.....	[1987] 1 S.C.R. 295	666
R. v. Simmons.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 193.....	646
R. v. Singleton.....	(1956), 115 C.C.C. 391	925
R. v. Skehan.....	(1978), 39 C.C.C. (2d) 196.....	723
R. v. Smith.....	(1957), 27 C.R. 359.....	925
R. v. Speicher, Kivell and Rodney.....	(1983), 6 C.C.C. (3d) 262	478
R. v. Stewart.....	(1979), 7 C.R. (3d) 165	1110
R. v. Stratton.....	(1978), 42 C.C.C. (2d) 449.....	685, 700, 701
R. v. Sutherland.....	[1980] 2 S.C.R. 451	192
R. v. Talbourdet.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 173.....	651
R. v. Tateham.....	(1981), 63 C.C.C. (2d) 25.....	1114
R. v. Therens.....	[1985] 1 S.C.R. 613	52, 632, 648, 1043
R. v. Thomsen.....	[1988] 1 S.C.R. 640	632
R. v. Thorburn.....	(1986), 26 C.C.C. (3d) 154	1162
R. v. Tobacco.....	[1981] 1 W.W.R. 545.....	195
R. v. Tonner.....	(1971), 3 C.C.C. (2d) 132.....	1118
R. v. Tremblay.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 454.....	255
R. v. Tretter.....	(1974), 18 C.C.C. (2d) 82.....	733
R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara.....	(1979), 50 C.C.C. (2d) 406.....	14
R. v. Twyoungmen.....	[1979] 5 W.W.R. 712	1029
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636	1176
R. v. Videoflicks Ltd.....	(1984), 48 O.R. (2d) 395	54
R. v. Waite.....	(1980), 57 C.C.C. (2d) 34.....	696
R. v. Watts.....	(1983), 77 Cr. App. R. 126.....	741
R. v. Wesley.....	[1932] 2 W.W.R. 337.....	192
R. v. Wetmore.....	[1983] 2 S.C.R. 284	424
R. v. Wigglesworth.....	[1987] 2 S.C.R. 541	1040
R. v. Willis.....	(1959), 44 Cr. App. R. 32	22
R. v. Wong.....	(1978), 41 C.C.C. (2d) 196.....	16
R. v. Wray.....	[1971] S.C.R. 272	700, 722
R. v. Young.....	(1984), 40 C.R. (3d) 289	658
Racine v. Woods.....	[1983] 2 S.C.R. 173	1077
Rahn v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 659	648
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373	424, 441
Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings.....	[1987] 5 W.W.R. 577.....	255

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] S.C.R. 529	729
Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour	[1925] S.C.R. 505	817
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	249, 287
Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan	[1948] S.C.R. 248	762
Reference re Newfoundland Continental Shelf	[1984] 1 S.C.R. 86	445
Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia	[1967] S.C.R. 792	445
Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas	(1976), 1 B.C.L.R. 97	415, 439
Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas	[1984] 1 S.C.R. 388	415, 439
Reference Re Public Service Employee Relations Act	[1987] 1 S.C.R. 313	140
Reference re The Employment and Social Insurance Act	[1936] S.C.R. 427	528
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act	[1949] S.C.R. 1	442
Reference re Wiretap	[1984] 2 S.C.R. 697	619
Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver	[1942] 1 All E.R. 378	368
Regina and Henry, Re	(1979), 48 C.C.C. (2d) 471	1110
Regional Assessment Commissioner, Region No. 13 v. Downtown Oshawa Property Owners' Association	[1978] 2 S.C.R. 1030	1171
Renvoi: Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373	424, 441
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	89, 940
Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes	[1984] 1 R.C.S. 388	415
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act	[1987] 1 R.C.S. 313	140
Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve	[1984] 1 R.C.S. 86	445
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	249, 287
Renvoi sur l'écoute électronique	[1984] 2 R.C.S. 697	619
Reynolds v. Sims	377 U.S. 533 (1964)	141
Richardson v. Richardson	[1987] 1 S.C.R. 857	1077
Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée	[1983] C.S. 897	600
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licencing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59	766
Roe v. Wade	410 U.S. 113 (1973)	46, 169
Rosenberg, Zeller and Rosenberg, Re	(1948), 29 C.B.R. 103	1067
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	558

S

S.C.I. Résidence Les Tilleuls c. S.A. Promeric	Paris, 1 ^{re} Ch. supp., February 5, 1976, Rev. arb., 1976.255	594
Salomon v. Salomon & Co.	[1897] A.C. 22	541
Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.	[1963] 3 All E.R. 413n	975
Sanitary Farm Dairies v. Gammel	195 F.2d 106 (1952)	590
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	448
Schmidt v. The King	[1945] S.C.R. 438	27, 694
Schneider v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 112	124, 424, 452, 761
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.	[1980] 2 S.C.R. 78	381
Schultz v. Wolske	(1966), 75 W.W.R. 411	255
Scott v. Corporation of Liverpool	(1858), 3 De G. & J. 334, 44 E.R. 1297	586
Scowby v. Glendinning	[1986] 2 S.C.R. 226	806

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	558
Seager v. Copydex Ltd.	[1967] 2 All E.R. 415	975
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	262
Selvey v. Director of Public Prosecutions	[1970] A.C. 304	732
Seward v. The "Vera Cruz"	(1884), 10 App. Cas. 59	265
Silverstein v. Silverstein	(1978), 20 O.R. (2d) 185	222
Simon v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 387	202
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	52, 89, 162
Skinner v. Oklahoma	316 U.S. 535 (1942)	168
Smith v. The Queen	[1960] S.C.R. 776	765
Soc. Distilleries réunies de Bretagne et de Normandie c. Sofridex	Cass. civ., June 9, 1961, Rev. arb., 1961.186	593
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549	266, 297
Société Idéal Coiffeur c. Société Raimon	Cass. com., May 8, 1961, Bull. civ., III, n° 192, p. 169	594
Société Romand c. de Montmort	Cass. civ. 2° Ch., May 25, 1962, Rev. arb., 1962.103	594
Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor	Cass. civ. 3° Ch., October 9, 1984, Rev. arb., 1986.263	595
Sous-ministre du Revenu c. Rainville	[1980] 1 R.C.S. 35	1065
Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board	[1933] S.C.R. 629	266
St-Gelais v. Banque de Montréal	[1968] S.C.R. 183	1059
St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp.	Unreported/Inédit, November 17, Mtl. C.A., 1976	600
State v. Anderson	641 P.2d 728 (1982)	695, 727
State v. Duke	123 A.2d 745 (1956)	686
State v. Ruzicka	570 P.2d 1208 (1977)	686
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	381
Stermer v. Lawson	(1977), 79 D.L.R. (3d) 366	1197
Stevens v. Quinney	(1979), 101 D.L.R. (3d) 289	255
Stevenson v. Watson	(1879), 4 C.P.D. 148	587
Strachan v. Lamont	(1906), 4 W.L.R. 411	259, 310
Sutcliffe v. Thackrah	[1974] 1 All E.R. 859	587
Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée	[1959] S.C.R. 206	550

T

Talsky v. Talsky	[1976] 2 S.C.R. 292	1079
Taraschuk v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 385	927
Tennant v. Trenchard	(1869), 4 Ch. App. 537	370, 391
Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls (Labrador) Corp.	[1988] 1 R.C.S. 1085	1087
Tharsis Sulphur and Copper Co. v. Loftus	(1872), L.R. 8 C.P. 1	587

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany, February 25, 1975, translated and reprinted in	(1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605	46
The case of the S.S. "Lotus"	(1927), P.C.I.J. Series A, No. 10	959
The India	(1865), 12 L.T.N.S. 316	265
The Queen v. Burnshine	[1975] 1 S.C.R. 693	470
Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists	106 S. Ct. 2169 (1986)	173
Thornton v. School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 S.C.R. 267	505
Toll v. Canadian Pacific Railway Co.	(1908), 8 W.L.R. 795	255
Toronto Electric Commissioners v. Snider	[1925] A.C. 396	761
Trahan v. Imprimerie Gagné Ltée	[1987] R.J.Q. 2417	509
Trask v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 655	648
Tupper v. The Queen	[1967] S.C.R. 589	925
Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada ...	[1975] 1 R.C.S. 178	820
United States v. Brown	409 F. Supp. 890 (1976)	743
United States v. Dougherty	473 F.2d 1113 (1972)	79
United States v. Rauscher	119 U.S. 407 (1886)	957
United States v. Vuitch	402 U.S. 62 (1971)	89
V		
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811	16
Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée	[1973] C.A. 971	613
Von Einem and Federal Republic of Germany, Re	(1984), 14 C.C.C. (3d) 440	333
W		
Watt v. Lord Advocate	[1979] S.C. 120	543
Wildman v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 311	28
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton	[1985] 2 S.C.R. 150	267
Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 363	381
Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co. ...	[1920] A.C. 184	763
Z		
Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic ...	[1983] 1 S.C.R. 529	581

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		B	
Act further to amend the law respecting the North-West Territories, S.C. 1886, c. 25		Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3	
s. 3	234	s. 2 "property"	1061
Act respecting municipal taxation, R.S.Q. c. F-2.1		s. 47	1061
s. 42	996	s. 49	1061
s. 147	996	s. 107(1)	1061
s. 264	996		
s. 531	996	C	
Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, S.Q. 1979, c. 72		Cadastre Act, R.S.Q. 1977, c. C-1	
s. 42	996	s. 14	1049
s. 147	996	s. 15	1049
s. 264	996	Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10	
s. 531	996	s. 12	670
Act respecting occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63		Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1	
s. 1 to 338	749	s. 79	749
s. 2	868	s. 79.1	749
s. 33	749	s. 80 to 106.1	749
s. 36	749	Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III	
s. 37	749	s. 1(b)	461, 621
s. 40 to 45	749	Canadian Charter of Rights and Freedoms	
s. 62	868	s. 1	30, 621, 640, 914, 1033, 1153
s. 160	868	s. 2(a)	30
s. 161	868	s. 2(d)	30
s. 177 et seq.	749, 868	s. 7	30, 461, 657, 985, 1153
Act to amend Schedule A to the Revised Statutes, 1906, S.C. 1907, c. 44	234	s. 8	621
Act to amend the Acts respecting the North-West Territories, S.C. 1891, c. 22		s. 9	621
s. 18	234	s. 10(b)	640
Alberta Rules of Court		s. 11(b)	30
s. 418	348	s. 11(d)	30, 670, 914, 985
s. 505	348	s. 11(f)	30
s. 518	348	s. 11(g)	461
		s. 11(h)	30, 1036
		s. 12	30
		s. 15	30, 461
		s. 24(1)	30, 985
		s. 24(2)	665
		s. 27	30

	PAGE		PAGE
s. 28	30	Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30	
s. 33	1033	s. 2	963
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12		s. 17	963
s. 46	749	Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
s. 55	749	s. 21	3
Civil Code		s. 146(1)	1153
arts. 1926.1 et seq.	564	s. 234.1	640
art. 2013e	1132	s. 234.1(1)	461, 621
art. 2013f	1132	s. 234.1(2)	461, 621
art. 2082	1049	s. 234.1(3)	461
art. 2083	1049	s. 234.1(4)	461
art. 2085	1049	s. 235(1)	621
art. 2168	1049	s. 251(1)	30
art. 2175	1049	s. 251(2)	30
Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25		s. 251(3)(a)	30
arts. 940 et seq.	564	s. 251(3)(b)	30
art. 940	564	s. 251(3)(c)	30
art. 948	564	s. 251(4)(a)	30
art. 951	564	s. 251(4)(b)	30
Code of Civil Procedure, S.Q. 1965, c. 80		s. 251(4)(c)	30
art. 332	494	s. 251(4)(d)	30
art. 380	494	s. 251(5)(a)	30
art. 381	494	s. 251(5)(b)	30
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23		s. 251(6)	30
s. 36.3(1)	662	s. 251(7)	30
Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83		s. 283(1)	327, 963
s. 3(1)	621	s. 290(1)	327
Constitution Act, 1867		s. 294	327
s. 91	401	s. 309(1)	914
s. 91(10)	401	s. 312(1)	1097
s. 91(12)	401	s. 338(1)	963
s. 91(27)	30, 401	s. 423(1)(d)	30
s. 91(29)	749, 868	s. 529(1)	1097
s. 92(5)	401	s. 529(3)	1097
s. 92(7)	30	s. 529(4)	1097
s. 92(10)	401, 749, 868	s. 535(1)	1097
s. 92(13)	401, 749	s. 535(3)	1097
s. 92(16)	401, 749	s. 535(4)	1097
s. 96	30	s. 535(5)	1097
Constitution Act, 1930, 20 & 21 Geo. 5, c. 26.....	187	s. 537(1)	1097
Constitution Act, 1982		s. 605(1)(a)	30
s. 43	234	s. 610	480
s. 45	234	s. 610(3)	30
s. 52	1033	s. 613(1)(b)(iii)	3, 480, 1095
s. 52(1)	30	Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93	
		s. 102(3)	621
		Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19	
		s. 36	461

	PAGE		PAGE
E		M	
Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21		Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1	
s. 2	327	s. 2	217
s. 3	327	s. 3	217
s. 10(1)	327	s. 7	217
s. 18(1)(a)	327	Motor Vehicle Act, R.S.N.B. 1973, c. M-17	
s. 18(1)(b)	327	s. 167(b)	1025
s. 30	950		
s. 33	950	N	
s. 40	950	Natural Resources Transfer Agreement, S.S. 1930, c. 87	
F		s. 2	187
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2		s. 12	187
s. 1	1073	North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50	
s. 53(2)	1073	s. 110	234
s. 56(1)	1073	O	
H		Ocean Dumping Control Act, S.C. 1974-75-76, c. 55	
Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198		s. 2(1) "Convention", "Dumping"	401
s. 19(1)	621	s. 2(2)	401
s. 30a(1)	621	s. 2(3)	401
s. 189a(1)	621	s. 4(1)	401
s. 189a(2)	621	P	
I		Partnership Act, R.S.A. 1980, c. P-2	
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6		s. 55(b)	348
s. 73(1)(c)	1025	s. 57(b)	348
s. 88	187, 1025	Press Act, R.S.Q. 1977, c. P-19	
Indian Reserve Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 959		s. 13	494
s. 5	1025	R	
s. 6	1025	Revised Code of Washington, Title 9A, RCW 9A.56.020(1)(a), 9A.56.040	327
s. 9	1025	Revised Statutes of Canada, 1906, Act, S.C. 1907, c. 43	234
Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77			
s. 4.04	897		
s. 14.08	897		

	PAGE		PAGE
S		U	
Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42		Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48	
s. 14	234	s. 44	513
s. 16	234		
Summary Convictions Act, R.S.Q. 1977, c. P-15			
s. 75	1033		
s. 78	1033		
s. 132	1033		
Supreme Court Rules, SOR83-74		W	
s. 29	231	Wildlife Act, S.S. 1979, c. W-13.1	
		s. 37	187
		s. 38(1)	187
		s. 38(2)	187
		s. 38(6)	187
		Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83, c. 20	
		s. 7	187
		Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979 c. 437	897
		Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3	
		s. 110(1)	1061
T			
Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America (Canada - U.S.A. Extradition Treaty), Canada Treaty Series, 1976, No. 3			
art. 2(1)	327		
art. 9(1)	327		
art. 9(2)	327		
Treaty No. 6 (1876)	187		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A			
Acte des Statuts révisés du Canada, 1906, S.C. 1907, chap. 43	234	art. 33	1033
Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, chap. 50		Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12	
art. 110	234	art. 46	749
Acte modifiant de nouveau la loi concernant les territoires du Nord-Ouest, S.C. 1886, chap. 25		art. 55	749
art. 3	234	Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1	
Acte modifiant les actes concernant les territoires du Nord-Ouest, S.C. 1891, chap. 22		art. 79	749
art. 18	234	art. 79.1	749
Alberta Rules of Court		art. 80 à 106.1	749
art. 418	348	Code civil	
art. 505	348	art. 1926.1 et suiv	564
art. 518	348	art. 2013e	1132
		art. 2013f	1132
		art. 2082	1049
		art. 2083	1049
		art. 2085	1049
		art. 2168	1049
		art. 2175	1049
		Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34	
		art. 21	3
		art. 146(1)	1153
		art. 234.1	640
		art. 234.1(1)	461, 621
		art. 234.1(2)	461, 621
		art. 234.1(3)	461
		art. 234.1(4)	461
		art. 235(1)	621
		art. 251(1)	30
		art. 251(2)	30
		art. 251(3)a)	30
		art. 251(3)b)	30
		art. 251(3)c)	30
		art. 251(4)a)	30
		art. 251(4)b)	30
		art. 251(4)c)	30
		art. 251(4)d)	30
		art. 251(5)a)	30
		art. 251(5)b)	30
		art. 251(6)	30
		art. 251(7)	30
		art. 283(1)	327, 963
C			
Charte canadienne des droits et libertés			
art. 1	30, 621, 640, 914, 1033, 1153		
art. 2a)	30		
art. 2d)	30		
art. 7	30, 461, 657, 985, 1153		
art. 8	621		
art. 9	621		
art. 10b)	640		
art. 11b)	30		
art. 11d)	30, 670, 914, 985		
art. 11f)	30		
art. 11g)	461		
art. 11h)	30, 1036		
art. 12	30		
art. 15	30, 461		
art. 24(1)	30, 985		
art. 24(2)	665		
art. 27	30		
art. 28	30		

	PAGE		PAGE
art. 290(1)	327		
art. 294	327		
art. 309(1)	914		
art. 312(1)	1097		
art. 338(1)	963		
art. 423(1)d)	30		
art. 529(1)	1097		
art. 529(3)	1097		
art. 529(4)	1097		
art. 535(1)	1097		
art. 535(3)	1097		
art. 535(4)	1097		
art. 535(5)	1097		
art. 537(1)	1097		
art. 605(1)a)	30		
art. 610	480		
art. 610(3)	30		
art. 613(1)b)(iii)	3, 480, 1095		
Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198			
art. 19(1)	621		
art. 30a(1)	621		
art. 189a(1)	621		
art. 189a(2)	621		
Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25			
art. 940 et suiv	564		
art. 940	564		
art. 948	564		
art. 951	564		
Code de procédure civile, S.Q. 1965, chap. 80			
art. 332	494		
art. 380	494		
art. 381	494		
Convention sur le transfert des ressources naturelles, S.S. 1930, chap. 87			
art. 2	187		
art. 12	187		
		D	
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III			
art. 1b)	461, 621		
		I	
		Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77	
		art. 4.04	897
		art. 14.08	897
		L	
		Loi constitutionnelle de 1867	
		art. 91	401
		art. 91(10)	401
		art. 91(12)	401
		art. 91(27)	30, 401
		art. 91(29)	749, 868
		art. 92(5)	401
		art. 92(7)	30
		art. 92(10)	401, 749, 868
		art. 92(13)	401, 749
		art. 92(16)	401, 749
		art. 96	30
		Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. 5, chap. 26	187
		Loi constitutionnelle de 1982	
		art. 43	234
		art. 45	234
		art. 52	1033
		art. 52(1)	30
		Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48	
		art. 44	513
		Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, chap. 93	
		art. 102(3)	621
		Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19	
		art. 36	461
		Loi modifiant l'annexe A des Statuts révisés, 1906, S.C. 1907, chap. 44	234
		Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23	
		art. 36.3(1)	662
		Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83	
		art. 3(1)	621

	PAGE		PAGE
Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21		Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42	
art. 2	327	art. 14	234
art. 3	327	art. 16	234
art. 10(1)	327	Loi sur le cadastre, L.R.Q. 1977, chap. C-1	
art. 18(1)a)	327	art. 14	1049
art. 18(1)b).....	327	art. 15	1049
art. 30	950	Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30	
art. 33	950	art. 2	963
art. 40	950	art. 17	963
Loi sur l'immersion de déchets en mer, S.C. 1974-75-76, chap. 55		Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3	
art. 2(1) "Convention", "immersion"	401	art. 110(1)	1061
art. 2(2)	401	Loi sur les biens matrimoniaux, L.N.-B. 1980, chap. M-1.1	
art. 2(3)	401	art. 2	217
art. 4(1)	401	art. 3	217
Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3		art. 7	217
art. 2 "biens"	1061	Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6	
art. 47	1061	art. 73(1)c)	1025
art. 49	1061	art. 88	187, 1025
art. 107(1)	1061	Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q. 1977, chap. P-15	
Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., chap. F-2.1		art. 75	1033
art. 42	996	art. 78	1033
art. 147	996	art. 132	1033
art. 264	996	Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, chap. F-2.2	
art. 531	996	art. 1	1073
Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, L.Q. 1979, chap. 72		art. 53(2)	1073
art. 42	996	art. 56(1)	1073
art. 147	996	Loi sur les véhicules à moteur, L.R.N.-B. 1973, chap. M-17	
art. 264	996	art. 167b)	1025
art. 531	996		
Loi sur la presse, L.R.Q. 1977, chap. P-19		P	
art. 13	494	Partnership Act, R.S.A. 1980, chap. P-2	
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10		art. 55b)	348
art. 12	670	art. 57b)	348
Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63		R	
art. 1 à 338	749	Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes, C.R.C. 1978, chap. 959	
art. 2	868	art. 5	1025
art. 33	749		
art. 36	749		
art. 37	749		
art. 40 à 45	749		
art. 62	868		
art. 160	868		
art. 161	868		
art. 177 et suiv	749, 868		

	PAGE		PAGE
art. 6	1025	Traité n° 6 (1876)	187
art. 9	1025		
Règles de la Cour suprême, DORS/83-74			
art. 29	231		
Revised Code of Washington, Title 9A, RCW			
9A.56.020(1)a, 9A.56.040.....	327		
		W	
		Wildlife Act, S.S. 1979, chap. W-13.1	
		art. 37	187
		art. 38(1)	187
		art. 38(2)	187
		art. 38(6)	187
		Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83,	
		chap. 20	
		art. 7	187
		Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979 chap.	
		437.....	897
T			
Traité d'extradition entre le gouvernement du			
Canada et le gouvernement des États-Unis			
d'Amérique, Canada, Recueil des traités, 1976,			
n° 3			
art. 2(1)	327		
art. 9(1)	327		
art. 9(2)	327		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abella, Irving. <i>Le mouvement ouvrier au Canada de 1902 à 1960</i> . Ottawa: Société historique du Canada, 1978.....	540
Abella, Irving. <i>The Canadian Labour Movement, 1902-1960</i> . Ottawa: Canadian Historical Association, 1975.....	540
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.....	547
Ancil, Jacques J. <i>Commentaires sur le Code de procédure civile avec tableaux synoptiques et formules</i> , t. 2. Sherbrooke: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1983.....	598
Antaki, Nabil N. "L'Amiable composition". Dans Nabil N. Antaki et Alain Prujiner (éd.), <i>Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.....	614
Arthurs, Harry W., Donald D. Carter and Harry J. Glasbeek. <i>Labour Law and Industrial Relations in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.....	552
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1985.....	507
Beaudoin, Gérald A. "La protection de l'environnement et ses implications en droit constitutionnel" (1977), 23 <i>McGill L.J.</i> 207.....	456
Bélanger, Albert. "La description légale d'un emplacement" (1981), 83 <i>R. du N.</i> 517.....	1055
Bélanger, Albert. "Le régistrateur québécois" (1982), 84 <i>R. du N.</i> 499.....	1058
Beullac, Pierre. <i>Code de procédure civile de la province de Québec annoté</i> . Montréal: Lovell & Son, 1908.....	598
Binchy, William. Case Comment (1975), 53 <i>Can. Bar Rev.</i> 344.....	1194
Bissonnette, Christine. La diffamation civile en droit québécois. Thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1983.....	508
Black, William. "Charter of Rights — Application to Pre-Enactment Events," [1982] <i>U.B.C. L.R.</i> 59, (<i>Charter Edition</i>).....	1171
Boissésou de, Matthieu. <i>Le droit français de l'arbitrage</i> . Paris: Gide, Loyrette, Nouel, 1983.....	594
Boyle, Christine. <i>Sexual Assault</i> . Toronto: Carswells, 1984.....	1175
Bradet, Denis et Bernard Cliche, Martin Racine et France Thibault. <i>Droit de la santé et de la sécurité du travail: la loi et la jurisprudence commentées</i> . Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986.....	812
Bredin, Jean-Denis. "L'amiable composition et le contrat", <i>Rev. arb.</i> , 1984.259.....	615
Brierley, John E. C. "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", [1987] <i>C.P. du N.</i> 507.....	602
Brierley, John E. C. "Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage" (1987), 47 <i>R. du B.</i> 259.....	577
Briggs, Herbert Whittaker. <i>The Law of Nations: cases, documents and notes</i> . Edited by Herbert W. Briggs, 2nd ed. London: Stevens and Sons, 1953.....	957
Burrows, Noreen. "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights". In Tom Campbell, et al., eds., <i>Human Rights: From Rhetoric to Reality</i> . Oxford: Basil Blackwell, 1986.....	172
Canada. <i>Annuaire du Canada 1912</i> . Ottawa: Imprimeur du Roi, 1914.....	323

Canada. <i>Canada Year Book 1912</i> . Ottawa: King's Printer, 1913.....	323
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. <i>Le jury en droit pénal</i> . Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980.....	78
Canada. Commission de réforme du droit. Groupe de travail sur le statut juridique du fœtus. <i>La réforme en matière d'avortement: les solutions possibles</i> . Ottawa: (inédit), 1986.....	120
Canada. Commission de réforme du droit. <i>L'intrusion criminelle</i> (Document de travail n° 48). Ottawa: 1986 ...	938
Canada. Commission de réforme du droit: Section de recherche sur le droit de la preuve. <i>La preuve</i> . Ottawa: Commission de réforme du droit, 1972.....	727
Canada. Department of Justice. <i>Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law</i> (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services, 1977.....	57
Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. <i>Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	719
Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. <i>La preuve au Canada [Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve]</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1983.....	719
Canada. Law Reform Commission. <i>Criminal Intrusion</i> (Working Paper No. 48). Ottawa: 1986.....	938
Canada. Law Reform Commission. Fetal Status Working Group Protection of Life Project. <i>Options for Abortion Policy Reform: A Consultation Document</i> . Ottawa: (unpublished), 1986.....	120
Canada. Law Reform Commission: Law of Evidence Project. <i>Evidence</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1972.....	727
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. <i>The Jury in Criminal Trials</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1980.....	78
Canada. Ministère de la Justice. <i>Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement</i> (le rapport Badgley). Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, 1977.....	57
Canada. Statistics Canada. <i>Basic Facts on Therapeutic Abortions, Canada: 1982</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1983.....	67
Canada, Statistics Canada. <i>Canada Year Book 1988</i> . Ottawa: Supply and Services Canada, 1987.....	323
Canada. Statistics Canada, Canadian Centre for Justice Statistics. <i>Canadian Crime Statistics 1985</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.....	938
Canada. Statistics Canada. <i>Therapeutic abortions, 1982</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1984.....	102
Canada. Statistics Canada. <i>Therapeutic abortions, 1985</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1986.....	97
Canada. Statistique Canada. <i>Annuaire du Canada 1988</i> . Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1987.....	323
Canada. Statistique Canada. <i>Avortements thérapeutiques, 1982</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, 1984.....	102
Canada. Statistique Canada. <i>Avortements thérapeutiques, 1985</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, 1986.....	97
Canada. Statistique Canada, Centre canadien de la statistique juridique. <i>Statistique de la criminalité du Canada, 1985</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1986.....	938
Canada. Statistique Canada. <i>Principales statistiques sur les avortements thérapeutiques, Canada: 1982</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, 1983.....	67
Canadian Institute of Chartered Accountants. <i>CICA Handbook</i> , vol. II. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, [1983].....	611
Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. <i>Collective Bargaining Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.....	540

Cates, Willard, Jr. and David A. Grimes. "Deaths from Second Trimester Abortion by Dilatation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities" (1981), 58 <i>Obstetrics and Gynecology</i> 401	59
Caumartin, Claude. "Certains aspects techniques". Dans <i>La réforme de la fiscalité municipale</i> . Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1980, pp. 63 à 82	1004
Charron, Camille. "Plans et cadastres: leur mise en vigueur et leurs effets sur les titres" (1974), 76 <i>R. du N.</i> 345	1058
Colas, Emile. "Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau" (1968), 28 <i>R. du B.</i> 129	613
Comtois, Roger. "Jurisprudence: Opérations cadastrales — Subdivision et redivision — "Ajouté"" (1973), 75 <i>R. du N.</i> 546	1055
Convention de Vienne sur le droit des traités, Doc. N.-U. A/Conf. 39/27	958
Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. <i>Abortion Laws in Commonwealth Countries</i> . Granchamp, France: World Health Organization, 1979	116
Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. <i>Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982</i> . London: Commonwealth Secretariat, 1983	127
Cook, Rebecca J. et Bernard M. Dickens. <i>La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth</i> . Granchamp, France: Organisation mondiale de la santé, 1979	116
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> . Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1982	562, 1171
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> . Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville, Que.: Yvon Blais Inc., 1984	562, 1171
Craies, William Feilden. <i>Craies on Statute Law</i> , 7th ed. By S. G. G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971 ..	1170
Cross, Sir Rupert. <i>Cross on Evidence</i> , 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985	201
David, Éric. "Le droit à la santé comme droit de la personne humaine" (1985), 2 <i>R.Q.D.I.</i> 63	804
<i>Debates of the House of Commons</i> , 1st Sess., 10th Parl., 5 Edw. VII, 1905, pp. 8240, 8242, 8530 et seq., 8548 8554, 8571, 8572, 8576, 8577, 8579, 8580, 8607, 8608, 8610, 8843, 8850, 8851	50, 253, 256
<i>Debates of the House of Commons</i> , 4th Sess., 3rd Parl., 40 Vict., 1877, p. 1872	251
<i>Debates of the House of Commons</i> , 4th Sess., 6th Parl., 53 Vict., 1890, pp. 756, 857, 1002	251, 254
<i>Debates of the Senate</i> , 4th Sess., 3rd Parl., 40 Vict., 1877, p. 319	250, 273
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 1 ^{re} Sess., 10 ^e Parl., 5 Edw. VII, 1905, pp. 8434, 8780, 8814, 8734, 8735 et suiv., 8775, 8776, 8780, 8781, 8783, 8784, 8785, 8815, 9064, 9065	250, 253, 256
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 4 ^e Sess., 3 ^e Parl., 40 Vict., 1877, p. 1875	251
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 4 ^e Sess., 6 ^e Parl., 53 Vict., 1890, pp. 775, 879, 880, 1025, 1026	251, 254
<i>Débats du Sénat</i> , 4 ^e Sess., 3 ^e Parl., 40 Vict., 1877, p. 319	250
Doob, Anthony N. and Hershi M. Kirshenbaum. "Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused" (1972-73), 15 <i>Crim. L.Q.</i> 88	719
Doutre, Gonzalve. <i>Les lois de la procédure civile</i> . Montréal: Eusèbe Sénécal, 1867	579
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983	265, 534
Driedger, Elmer A. <i>The Composition of Legislation</i> , 2nd ed. rev. Ottawa: Department of Justice, 1976	255
Driedger, Elmer. "The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint" (1977), 9 <i>Ottawa L.R.</i> 303	1172
Ephron, Susan H. "Redefining Neutrality: Alternative Interpretations of the Labor Dispute Disqualification in Unemployment Compensation" (1986), 8 <i>Comp. Lab. L.</i> 89	537
Falconer, Julian. "The Alert Demand and the Right to Counsel: 'The Problem with Talbourdet'" (1986), 28 <i>Crim. L.Q.</i> 390	651

Feller, S. Z. "Reflections on the Nature of the Speciality Principle in Extradition Relations" (1977), 12 <i>Israel Law Rev.</i> 466.....	957
Ferland, Philippe. <i>L'arbitrage conventionnel</i> . Montréal: Thélème, 1983.....	579
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.....	1193
Friedland, Martin Lawrence. "Criminal Law — Evidence — Cross-examination on Previous Convictions in Canada — Section 12 of the Canada Evidence Act" (1969), 47 <i>Can. Bar Rev.</i> 656.....	716
Friedland, Martin Lawrence. <i>Double Jeopardy</i> . Oxford: Clarendon Press, 1969.....	1106, 1111
Garant, Patrice. "Fundamental Freedoms and Natural Justice." In <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> . Edited by Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin. Toronto: Carswells, 1982.....	52
Garant, Patrice. "Libertés fondamentales et justice naturelle (article 7)". Dans <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> . Édité par Walter S. Tarnopolsky et Gérald-A. Beaudoin. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.....	52
Gatley, Clement Carpenter. <i>Gatley on Libel and Slander</i> , 7th ed. By Sir Robert McEwen and Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1974.....	509
Gérin-Lajoie, Henri. <i>Code de procédure civile de la province de Québec annoté</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1920.....	598
Gibson, Dale. "Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism" (1969), 47 <i>Can. Bar Rev.</i> 40.....	837
Gibson, Dale. "Measuring 'National Dimensions'" (1976), 7 <i>Man. L.J.</i> 15.....	432
Gibson, Dale. "The 'Federal Enclave' Fallacy in Canadian Constitutional Law" (1976), 14 <i>Alta. L. Rev.</i> 167..	841
Giroux, G.-M. "La publicité foncière" (1936), 38 <i>R. du N.</i> 447.....	1055
Giroux, G.-M. <i>Le privilège ouvrier</i> . Montréal: Albert Lévesque, 1933.....	1142, 1146, 1149
<i>Grand Larousse de la langue française</i> , "financer". Paris: Librairie Larousse, 1973.....	560
Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission. "Assessment of Airborne Contaminants in the Great Lakes Basin Ecosystem" in Appendix A & B of the 1980 <i>Annual Report</i> of the Great Lakes Sciences Advisory Board to the International Joint Commission, presented November 13, 1980, Toronto.....	446
Great Lakes Science Advisory Board to the International Joint Commission. <i>1980 Annual Report: A Perspective on the Problem of Hazardous Substances in the Great Lakes Basin Ecosystem</i> , presented November 13, 1980, Toronto.....	446
Hackworth, Green Haywood. <i>Digest of International Law</i> , vol. IV. Washington: United States Government Printing Office, 1942.....	960
Haggard, Thomas R. <i>Compulsory Unionism, the NLRB, and the Courts: A Legal Analysis of Union Security Agreements</i> . Philadelphia: University of Pennsylvania, 1977.....	553
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 18, 4th ed. London: Butterworths, 1977.....	202
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 48, 4th ed. London: Butterworths, 1984.....	372, 391
Hammond, R. Grant. "Theft of Information" (1984), 100 <i>L.Q.R.</i> 252.....	978
Harvard Research. <i>Draft Convention on the Law of Treaties</i> . James W. Garner Reporter, 1935.....	959
Hickling, M. A. <i>Labour Disputes and Unemployment Insurance Benefits in Canada and England</i> . Don Mills, Ont.: CCH, 1975.....	536
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.....	278, 322, 456, 838
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> . Toronto: Carswells, 1977.....	428
Hogg, Quintin McGarel. <i>The Law of Arbitration</i> . London: Butterworths, 1936.....	588
Holdsworth, Sir William. <i>A History of English Law</i> , vol. I, 7th ed. London: Methuen & Co., 1956.....	694
Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. <i>Bankruptcy Law of Canada</i> , vol. 1. Toronto: Carswells, 1984.....	1067

Institut canadien des comptables agréés. <i>Manuel de l'ICCA</i> , vol. II. Toronto: Institut canadien des comptables agréés, [1983].....	611
Institute of Law Research and Reform and a federal provincial working party. Report No. 46. <i>Trade Secrets</i> . Edmonton: The Institute, 1986	979
Isaacs, Natalie Fochs. "Abortion and the Just Society" (1970), 5 <i>R.J.T</i> 27	96
Isaacs, Stephen L. "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 <i>Columbia Human Rights Law Rev.</i> 311	183
Jamieson, Stuart. <i>Industrial Relations in Canada</i> . Toronto: MacMillan of Canada, 1957	547
Jennings, Sir William Ivor. <i>The Law and the Constitution</i> , 3rd ed. London: University of London Press, 1943..	278
Joad, C. E. M. <i>Guide to the Philosophy of Morals and Politics</i> . London: Victor Gollancz Ltd., 1938	178
Johnson, Walter Seely. <i>The Clause Compromissoire: Its Validity in Quebec</i> . Montreal: W. S. Johnson, 1945...	579
Kerr, Robert W. "Regina v. Murphy and Language Rights Legislation" (1970), 20 <i>U.N.B.L.J.</i> 35.....	258
L'Heureux, Jacques. <i>Droit municipal québécois</i> , t. II. Wilson & Lafleur/Sorej, 1984	1006
La Forest, Gerald Vincent. <i>Extradition To and From Canada</i> , 2nd ed. With the assistance of Sharon A. Williams. Toronto: Canada Law Book, 1977	340
Lamontagne, Denys-Claude. "Questions d'enregistrement" (1982), 84 <i>R. du N.</i> 407	1059
Langelier, François. <i>Cours de droit civil</i> , t. 1 à 6. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905 à 1911.....	598
Laskin, Bora. <i>Laskin's Canadian Constitutional Law</i> , vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986.....	766
Laskin, Bora. "Occupying the Field; Paramountcy in Penal Legislation" (1963), 41 <i>Can. Bar Rev.</i> 234.....	1031
Lawson, Robert G. "Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem" (1975), 50 <i>Notre Dame Lawyer</i> 758	719
Le Dain, Gerald. "Sir Lyman Duff and the Constitution" (1974), 12 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 261.....	453
Lederman, William R. "Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation" (1975), 53 <i>Can. Bar Rev.</i> 597	455
Lesser, Leonard. "Labor Disputes and Unemployment Compensation" (1945), 55 <i>Yale L.J.</i> 167.....	538
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1982.....	1193
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 3 ^e éd. Traduit sous la direction de M ^e N. Joly. Toronto: Butterworths, 1985	1193
Lindley, Nathaniel Lindley, Baron. <i>Lindley on Partnership</i> , 14th ed. By Ernest H. Scamell and R. C. l'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1979	386
Lippel, Katherine. "Droit des travailleurs québécois en matière de santé (1885-1981)" (1981-82), 16 <i>R.J.T.</i> 329.....	849
Logan, H. A. <i>Trade Unions in Canada</i> . Toronto: MacMillan of Canada, 1948.....	540
Loquin, Eric. <i>L'amiable composition en droit comparé et international</i> . Paris: Librairies Techniques, 1980	595
Lortie, Jean-Pierre. <i>Loi sur la fiscalité municipale, étude analytique et comparative</i> . Montréal: Yvon Blais Inc., 1980	1009
MacCormick, Neil. <i>Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy</i> . Oxford: Clarendon Press, 1982.....	164
Macdonald, R. "Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law", 39 <i>U. Fla. L. Rev.</i> 217 (1987)	54
Mahoney, Richard. "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.....	1158
Marler, William deMontmollin. <i>The Law of Real Property</i> . Completed and arranged by George C. Marler. Toronto: Burroughs & Co., 1932.....	1058

Martineau, Paul G. et Romuald Delfausse. <i>Code de procédure civile de la province de Québec annoté</i> . Montréal: Théoret, 1899.....	598
Maxwell, Sir Peter Brown. <i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. By P. St.J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.....	1170
Mayer, Pierre. Note, <i>Rev. arb.</i> , 1986.267.....	596
McCormick, Charles T. <i>Evidence</i> , 2nd ed. By Edward W. Clearly. St-Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.....	720
McCormick, Thomas P. "Unemployment Compensation — An Examination of Wisconsin's "Active Progress" Labor Dispute Disqualification Provision," [1982] <i>Wis. L. Rev.</i> 907.....	544
McLaren, Richard H. and Earl Edward Palmer. <i>The Law and Practice of Commercial Arbitration</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	587
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1984.....	23
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.....	948
Mignault, Pierre Basil. <i>Code de procédure civile du Bas-Canada annoté</i> . Montréal: Valois, 1891.....	598
Mignault, Pierre Basil. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 1 à 9. Montréal: Whiteford & Théoret/ Théoret/ Wilson & Lafleur, 1895 à 1916.....	598
Morris, Alexander. <i>The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories</i> . Toronto: Belfords, Clarke & Co., 1880.....	200
Motulsky, Henri. <i>Écrits: études et notes sur l'arbitrage</i> . Paris: Dalloz, 1974.....	594
Norris, Terry. "Dissociating from a Trade Dispute, and Claiming Unemployment Benefit" (1985), 135 <i>New L.J.</i> 967.....	537
Note. "Eligibility for Unemployment Benefits of Persons Involuntarily Unemployed Because of Labor Disputes" (1949), 49 <i>Colum. L. Rev.</i> 550.....	538
Ontario. Ministry of Health. <i>Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario</i> (Powell Report). Toronto: Ministry of Health, 1987.....	58
Ontario, Ministry of Labour. <i>Report on the Administration of the Occupational Health and Safety Act</i> , vol. 1. By G. G. McKenzie et J. I. Laskin, 1987.....	814
Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American Convention on Human Rights," Doc. 65 (English) Rev. 1 Corr. 2, January 7, 1970. Original: Spanish. OAS Official Records, OEA/Ser.K/xvl/1.1 (English).....	143
Pâquet, Jean-Marie. "Les aspects juridiques". Dans <i>La réforme de la fiscalité municipale</i> . Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1980, pp. 21 à 59.....	1005
<i>Petit Robert 1</i> , "Financer". Paris: Le Robert, 1986.....	560
Phipson, Sidney L. <i>Phipson on Evidence</i> , 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.....	22
Pothier, Robert. <i>Oeuvres de Pothier</i> , t. 9. Paris: Bechet Aîné, 1824.....	579
Pourcelet, Michel. <i>La vente</i> , 5 ^e éd. Montréal: Thémis, 1987.....	600
<i>Practice Direction</i> , [1975] 1 All E.R. 255.....	370
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Contract of Enterprise</i> . Montreal: Civil Code Revision Office, 1971.....	1146
Quebec. Government of Quebec. <i>Report of the Royal Commission on Taxation</i> . Québec: The Commission, 1965.....	1004
Québec. Ministre d'État au développement social. <i>Santé et sécurité au travail</i> . Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978.....	775
Québec. Office de la révision du Code civil. <i>Rapport sur le contrat d'entreprise</i> . Montréal: Office de la révision du Code civil, 1971.....	1146

Ratushny, Edward. <i>Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process</i> . Toronto: Carswells, 1979.....	725
Ravon, Henri. <i>Traité de l'arbitrage et de l'expertise</i> . Paris: Librairie d'architecture, 1905.....	594
Reid, Henri. <i>Code de procédure civile du Québec, complément jurisprudence et doctrine</i> , 3 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1987.....	598
Reid, Hubert et Denis Ferland. <i>Code de procédure civile annoté du Québec</i> , vol. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 1981.....	598
Robert, Jean. <i>L'arbitrage: droit interne, droit international privé</i> , 5 ^e éd. Paris: Dalloz, 1983.....	600
Rochefort, Daniel. "Difficultés d'application de la Loi sur la santé et la sécurité du travail". Dans <i>Les aspects juridiques de la santé et de la sécurité au travail</i> . Formation permanente du Barreau du Québec, cours 64, 1982.....	802
Rocher, Paul. <i>De l'arbitrage en matière civile</i> . Paris, Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, 1907.....	594
Roland-Levy, Pierre. Note, <i>Rev. arb.</i> , 1979.345.....	595
Rousseau-Houle, Thérèse. <i>Les contrats de construction en droit public et privé</i> . Montréal: Wilson & Lafleur/SOREJ, 1982.....	1146
Rousseau-Houle, Thérèse. <i>Précis du droit de la vente et du louage</i> , 2 ^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.....	600
Rubellin-Devichi, Jacqueline. Note, <i>Rev. arb.</i> , 1980.87.....	594
Saltzburg, Stephen A. and Kenneth R. Redden. <i>Federal Rules of Evidence Manual</i> , 4th ed. Charlottesville, Va.: Michie Co., 1986.....	718
Schiff, Stanley A. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.....	719
Scott, Austin Wakeman. <i>Law of Trusts</i> , vol. 2A, 4th ed. By Austin Wakeman Scott and William Franklin Fratcher. Boston: Little, Brown & Co., 1987.....	369, 390
Shadur, Milton I. "Unemployment Benefits and the "Labor Dispute" Disqualification" (1950), 17 <i>U. Chi. L. Rev.</i> 294.....	538
Shearer, Ivan Anthony. <i>Extradition in International Law</i> . Manchester: University Press, 1971.....	340
Sheppard, Claude-Armand. <i>The Law of Languages in Canada</i> . Ottawa: Information Canada, 1971.....	248
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed., "Possible". Oxford: Clarendon Press, 1959.....	364
Silver, Arthur I. <i>The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1982.....	251
Snell, Edmund Henry Turner. <i>The Principles of Equity</i> , 27th ed. By Robert Megarry and P. V. Baker. London: Sweet & Maxwell, 1973.....	368
Sumner, L. W. <i>Abortion and Moral Theory</i> . Princeton: Princeton University Press, 1981.....	182
Tabory, Mala. "Language Rights as Human Rights" (1980), 10 <i>Israel Y.B. on Human Rights</i> 167.....	268
Teed, Eric. "The Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act upon an Accused" (1970-71), 13 <i>Crim. L.Q.</i> 70... <i>Traité de Droit civil du Québec</i> , t. 1 à 15. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942 à 1958.....	726 598
Tribe, Lawrence H. <i>American Constitutional Law</i> . Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.....	170
Tyan, Emile. <i>Le droit de l'arbitrage</i> . Beyrouth: Librairies Antoine, 1972.....	615
Tyler, Carl W., Jr. et al. "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William F. Brenner and Louis Keith, eds., <i>Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience</i> . Boston: PSG Pub. Co., 1981.....	58
UNESCO. IMCO/FAO/UNESCO/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution (Gesamp). <i>The Review of the Health of the Oceans</i> . Reports and Studies No. 15, 1982.....	436
<i>Vienna Convention on the Law of Treaties</i> , U.N. Doc. A/Conf. 39/27.....	958

Wade, Mason. <i>The French Canadians 1760-1967</i> , vol. 1. Toronto: MacMillan, 1968	249
Walton Anthony. <i>Russell on the Law of Arbitration</i> , 19th ed. London: Stevens & Sons, 1979	588
Waters, D. W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1974	393
Weiler, Paul C. "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 <i>U.T.L.J.</i> 307	837
Weinberg, M. S. "The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence" (1975), 21 <i>McGill L.J.</i> 1	738
Weinrib, Arnold S. "Information and Property" (1988), 38 <i>U.T.L.J.</i> 117	974
Wheare, Kenneth Clinton. <i>The Statute of Westminster and Dominion Status</i> , 5th ed. London: Oxford University Press, 1953	279
Whyte, John D. "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter." (1983), 13 <i>Man L.J.</i> 455.	52
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970	717
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983	719
Williams, Glanville Llewelyn. <i>Criminal Law: The General Part</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961	1179
Williams, Jerre S. "The Labor Dispute Disqualification — A Primer and Some Problems" (1955), 8 <i>Vand. L. Rev.</i> 338	546
Wissler, Roselle L. and Michael J. Saks. "On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt" (1985), 9 <i>Law and Human Behavior</i> 37	727
Wright, Cecil A. "Evidence — Credibility of Witness — Cross-Examination as to Previous Conviction" (1940), 18 <i>Can. Bar Rev.</i> 808	728

Canadian Pacific Limited *Appellant*

v.

City of Drumheller and Century Coals Ltd.
Respondents

and

Canadian Transport Commission *Intervener*

and between

Canadian National Railways *Appellant*

v.

City of Drumheller and Century Coals Ltd.
Respondents

and

Canadian Transport Commission *Intervener*

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC LTD. v. DRUMHELLER
(CITY)

File Nos.: 17498, 17499.

1988: June 14.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and
L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

*Railways — Canadian Transport Commission —
Jurisdiction — Abandonment of track authorized —
Whether authorization within the jurisdiction of the
commission.*

*Judgments and orders — Reversal — Consent to
reversal of judgment — Supreme Court Act, R.S.C.
1970, c. S-19, s. 75.*

Statutes and Regulations cited

Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 75.

APPEAL from a judgment of the Federal Court
of Appeal, [1983] 1 F.C. 1005n, 45 N.R. 549, 143
D.L.R. (3d) 264, allowing an appeal from a deci-
sion of the Railway Transport Committee of the
Canadian Transport Commission. Appeal allowed.

Canadien Pacifique Limitée *Appelante*

c.

Ville de Drumheller et Century Coals Ltd.
a Intimés

et

Commission canadienne des transports
b Intervenante

et entre

Chemins de fer nationaux du Canada
Appelante

c

c.

Ville de Drumheller et Century Coals Ltd.
Intimés

d et

Commission canadienne des transports
Intervenante

RÉPERTORIÉ: CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c.
e DRUMHELLER (VILLE)

N^{os} du greffe: 17498, 17499.

1988: 14 juin.

f Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre,
Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

g *Chemins de fer — Commission canadienne des trans-
ports — Compétence — Abandon de voies ferrées auto-
risé — L'autorisation relève-t-elle de la compétence de
la commission?*

h *Jugements et ordonnances — Annulation — Consen-
tement à l'annulation du jugement — Loi sur la Cour
suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 75.*

Lois et règlements cités

i *Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19,
art. 75.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
fédérale, [1983] 1 C.F. 1014n, 45 N.R. 549, 143
D.L.R. (3d) 264, qui a accueilli un appel d'une
décision du Comité des transports par chemin de
fer de la Commission canadienne des transports.
Pourvoi accueilli.

Marcella M. Szel, for the appellant Canadian Pacific Ltd.

Grant Nerbas, for the appellant Canadian National Railways.

No one appeared for the respondents.

Peter Noonan for the intervener Canadian Transport Commission.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—Pursuant to s. 75 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, the appeal is allowed, the decision of the Federal Court of Appeal pronounced on December 9, 1982 ([1983] 1 F.C. 1005n, 45 N.R. 549, 143 D.L.R. (3d) 264) is set aside and the decision of the Railway Transport Committee of the Canadian Transport Commission, dated October 23, 1981, is allowed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant Canadian Pacific Ltd.: Marcella M. Szel, Calgary.

Solicitor for the appellant Canadian National Railways: Grant Nerbas, Winnipeg.

Solicitors for the respondents City of Drumheller and Century Coals Ltd.: Ross, Todd & Company, Drumheller.

Solicitor for the intervener the Canadian Transport Commission: Peter Noonan, Saskatoon.

Marcella M. Szel, pour l'appelante Canadien Pacifique Ltée.

Grant Nerbas, pour l'appelante Chemins de fer nationaux du Canada.

Personne n'a comparu pour les intimés.

Peter Noonan pour l'intervenante la Commission canadienne des transports.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Conformément à l'art. 75 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale rendu le 9 décembre 1982 ([1983] 1 C.F. 1014n, 45 N.R. 549, 143 D.L.R. (3d) 264) est infirmé et la décision du Comité des transports par chemin de fer de la Commission canadienne des transports datée du 23 octobre 1981 est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante Canadien Pacifique Ltée: Marcella M. Szel, Calgary.

Procureur de l'appelante Chemins de fer nationaux du Canada: Grant Nerbas, Winnipeg.

Procureurs des intimés la ville de Drumheller et Century Coals Ltd.: Ross, Todd & Company, Drumheller.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des transports: Peter Noonan, Saskatoon.

Harry Ronald Sterne *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STERNE

File No.: 20067.

1988: June 14.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual offences — Charges involving three complainants — Delays in reporting alleged incidents — No error of law on the part of the trial judge.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1986), 67 A.R. 34, 42 Alta. L.R. (2d) 413n, affirming appellant's convictions. Appeal dismissed.

David L. Pomerant, for the appellant.

Earl Wilson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We will not wish to call upon you Mr. Wilson. We are all of the view that the appeal fails. The trial judge made no error in law. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: David L. Pomerant, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Office of the Attorney General of Alberta, Calgary.

Harry Ronald Sterne *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. STERNE

N° du greffe: 20067.

1988: 14 juin.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé.

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

c

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Accusations découlant des plaintes de trois plaignantes — Temps mis à signaler les incidents — Aucune erreur de droit du juge du procès.

d

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1986), 67 A.R. 34, 42 Alta. L.R. (2d) 413n, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'appelant. Pourvoi rejeté.

e

David L. Pomerant, pour l'appelant.

Earl Wilson, pour l'intimée.

f

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

g

LE JUGE EN CHEF—M^e Wilson, il ne nous est pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes tous d'avis que le pourvoi échoue. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

h

Procureur de l'appelant: David L. Pomerant, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Office of the Attorney General of Alberta, Calgary.

Wodek Martin Bachman and Benjamin Lloyd Taarnes *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BACHMAN

File Nos.: 20405, 20424.

1988: June 14.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Narcotics — Trafficking in a narcotic — Admissibility of certificate of analysis — Notice of intended use of certificate — Whether notice reasonable — Appeals as of right.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal, summarized (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 411, allowing the Crown's appeals from the acquittals of appellants on charges of trafficking in cocaine, and ordering a new trial. Appeals dismissed.

Richard Cairns, for the appellants.

Ron Fainstein, Q.C., and *Shelagh R. Creagh*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We will not need to call upon you Mr. Fainstein and Ms. Creagh. These appeals are as of right. We are not persuaded that the Court of Appeal of Alberta erred in directing a new trial for the appellants.

The appeals are accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Starr, Cairns, i Calgary.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

Wodek Martin Bachman et Benjamin Lloyd Taarnes *Appelants*

c.

a Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BACHMAN

N^{os} du greffe: 20405, 20424.

b 1988: 14 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé.

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

c

Droit criminel — Stupéfiants — Trafic d'un stupéfiant — Recevabilité d'un certificat d'analyse — Avis de l'intention de produire le certificat — L'avis était-il raisonnable? — Pourvois de plein droit.

d

POURVOIS contre un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta, résumé à (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 411, qui a accueilli les appels du ministère public contre les acquittements des appelants à l'égard des accusations de trafic de cocaïne et ordonné un nouveau procès. Pourvois rejetés.

Richard Cairns, pour les appelants.

f *Ron Fainstein, c.r.*, et *Shelagh R. Creagh*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

g LE JUGE EN CHEF—M^e Fainstein et M^e Creagh, nous n'avons pas besoin de vous entendre. En l'espèce, il s'agit de pourvois de plein droit. Nous ne sommes pas persuadés que la Cour d'appel de l'Alberta a commis une erreur en ordonnant que h les appelants subissent un nouveau procès.

Les pourvois sont par conséquent rejetés.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Starr Cairns, Calgary.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

Gilles Dufresne Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. DUFRESNE

File No.: 20687.

1988: June 21.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Accused convicted of first degree murder — Serious doubt as to the integrity of the conduct of the Crown and the police at trial — New trial ordered.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 38, 11 Q.A.C. 20, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal allowed.

Guy Bertrand, for the appellant.

Richard Shadley and *Josef Muskatel*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

BEETZ J.—I invite our brother, Justice Lamer, to deliver the judgment of the Court.

LAMER J.—There are, in the case at bar, grave allegations and evidence to support them which, although not conclusive, nonetheless cast serious doubt on the integrity of the conduct of the Crown and the police in this matter. The allegations include an allegation that one or more police officers and/or the Crown did not reveal to the court the fact that a Crown witness had perjured himself and misled the court by denying the existence of promises of a pardon which they had indeed made to him; and an allegation that, notwithstanding an order excluding the witnesses, a police officer

Gilles Dufresne Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée^a RÉPERTORIÉ: R. c. DUFRESNE

N° du greffe: 20687.

1988: 21 juin.

^b Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c *Droit criminel — Procès — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — Doute sérieux sur l'intégrité du comportement du ministère public et de la police au procès — Nouveau procès ordonné.*

^d **Lois et règlements cités**

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(b)(iii).

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 38, 11 Q.A.C. 20, qui a rejeté l'appel de l'accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli.

^f *Guy Bertrand*, pour l'appellant.

Richard Shadley et *Josef Muskatel*, pour l'intimée.

^g Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE BEETZ—J'invite notre collègue, le juge Lamer, à rendre le jugement de la Cour.

^h LE JUGE LAMER—Il y a, en l'espèce, des allégations graves et des éléments de preuve au soutien de celles-ci qui, sans être concluantes, jettent quand même un doute sérieux sur l'intégrité du comportement du ministère public et de la police dans ce dossier. Il s'agit, entre autres allégations, de celle portant qu'un ou plusieurs officiers de police ou du ministère public ou les deux n'auraient pas révélé à la cour le fait qu'un témoin de la Couronne s'était parjuré et aurait induit la cour en erreur en niant l'existence des promesses d'un pardon qu'ils lui avaient bel et bien faites; ou

recorded the testimony and gave the cassettes to this witness-accomplice from day to day. The Court of Appeal should not, with respect, in view of these special circumstances, have refused to allow appellant to complete his evidence in support thereof. The Court of Appeal also erred afterward in applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

For these reasons, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and a new trial is ordered. With respect to the application for a stay of proceedings and exemplary damages, it would be preferable for it to be made to the trial judge or a judge of the same court, where the necessary evidence in support of these applications can be adduced.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Tremblay, Bertrand, Bois, Mignault, Duperrey & Lemay, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Shadley, Melançon, Boro & Muskatel, Montréal.

encore celle que, nonobstant une ordonnance d'exclusion des témoins, un officier de la police aurait enregistré les témoignages et remettait à ce témoin-complice au jour le jour, les cassettes. La Cour d'appel n'aurait pas dû, soit dit avec respect, eu égard à ces circonstances spéciales, refuser à l'appellant de compléter sa preuve au soutien de celles-ci. La Cour d'appel a aussi erré dès après en appliquant le dispositif prévu au sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Pour ces raisons, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est infirmé, et un nouveau procès est ordonné. Quant à la demande d'arrêt de procédures et de dommages exemplaires, il est préférable qu'elle soit faite au juge du procès ou encore à un juge de la même cour, où les preuves requises au soutien de ces demandes pourront être faites.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Tremblay, Bertrand, Bois, Mignault, Duperrey & Lemay, Ste-Foy.

Procureurs de l'intimée: Shadley, Melançon, Boro & Muskatel, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Barry Graham Moore *Respondent*

INDEXED AS: R. V. MOORE

File No.: 18214.

1987: October 7; 1988: June 30.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Procedure — Autrefois acquit — Information failing to allege material averment — Defective counts quashed — New information sworn containing necessary words — Whether or not plea of autrefois acquit available — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(1), (3), (4), 535(1), (3), (4), (5), 537(1).

Respondent was charged with eight counts of theft and possession of stolen property. The possession charges were laid under s. 312(1) of the *Criminal Code*. The information on two counts lacked the averment of an essential element of the offence. Respondent entered pleas of not guilty to the charges against him and elected to be tried by a provincial court judge without a jury. The trial judge and counsel agreed that it was not possible to strike the pleas and that, since two of the counts simply failed to allege an offence rather than alleging an offence improperly, it was not possible to amend them at all.

A new information containing the necessary words omitted from the earlier information was subsequently sworn. Respondent's pleas of *autrefois acquit* were refused by the second trial judge who convicted on one of the counts. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal from conviction.

The issue here is whether quashing an information, after plea, for failure to allege a material averment constitutes a verdict of acquittal for the purpose of pleading *autrefois acquit* to a new information.

Held (Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Barry Graham Moore *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. MOORE

N° du greffe: 18214.

1987: 7 octobre; 1988: 30 juin.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

c

Droit criminel — Procédure — Autrefois acquit — Omission d'une allégation importante dans la dénonciation — Annulation des chefs d'accusation défectueux — Nouvelle dénonciation contenant les termes nécessaires faite sous serment — Le moyen de défense d'autrefois acquit peut-il être invoqué? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(1), (3), (4), 535(1), (3), (4), (5), 537(1).

d

L'intimé a été inculpé de huit chefs d'accusation de vol et de possession de biens volés. Les accusations de possession ont été portées aux termes du par. 312(1) du *Code criminel*. La dénonciation à l'égard de deux chefs d'accusation ne comportait pas l'allégation d'un élément essentiel de l'infraction. L'intimé a enregistré un plaidoyer de non-culpabilité à l'égard des accusations portées contre lui et a choisi d'être jugé par un juge de la Cour provinciale sans jury. Le juge du procès et l'avocat ont convenu qu'il n'était pas possible de radier les plaidoyers et que, comme il ne s'agissait pas d'une infraction alléguée incorrectement mais de deux chefs d'accusation n'alléguant tout simplement pas d'infraction, il n'était pas possible de les modifier.

e

Une nouvelle dénonciation contenant les termes nécessaires, mais omis de la dénonciation précédente, a par la suite été faite sous serment. Le juge du second procès a refusé la défense d'autrefois acquit de l'intimé et l'a déclaré coupable sous l'un des chefs. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre la déclaration de culpabilité.

f

La question soulevée en l'espèce est de savoir si l'annulation d'une dénonciation, après le plaidoyer, en raison de l'omission d'une allégation importante constitue un verdict d'acquiescement aux fins de la défense d'autrefois acquit relativement à une nouvelle dénonciation.

g

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Per McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: Section 529 grants very wide powers to the trial judge, subject to certain limits, to cure any defect in a charge by amending it. The judge can only quash if the required amendment cannot be made without injustice being done and it is a reversible error of law if a judge does so without coming to that conclusion. If an amendment, as a matter of law, cannot be made without causing irreparable prejudice, the quashing of the charge at the trial is tantamount to an acquittal. Relaying an amended charge before another judge would be no less prejudicial to the accused than the previous judge's amending the first one. Sections 529(4) and (5) would then be a useless exercise of judgment.

The judge should not have quashed here for an amendment would not have prejudiced the accused. The Crown, however, cannot lay an amended charge once the accused has been acquitted, albeit by error. The trial judge's decision is open to appeal. The Court of Appeal, assuming error is found, will direct the trial judge to amend and hear the case, or will amend the charge itself and return the matter for trial on the amended charge. The fact that the accused will be tried on the amended charge is no reason for downgrading the "quashing" so as to permit the Crown to relay an amended charge without facing a special plea. When a judge quashes under s. 529, that decision is deemed without error until reversed by a Court of Appeal.

Per Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): A defective information is not automatically a nullity disclosing no offence known to law. If the document gives fair notice of the offence to the accused, it can be amended under the broad powers of amendment s. 529 gives to the courts. Only if a charge is so badly drawn up as to fail even to give the accused notice of the charge will it fail the minimum test required by s. 510(2)(c). A charge that is this defective would have to be quashed. A conviction is possible, however, on a defective information: defects in form do not defeat what is valid in substance.

The first information was clearly not a nullity. The accused knew the charges he faced and was not prejudiced by the missing averment. Further, all the elements

Les juges McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest: Sous réserve de certaines restrictions, l'art. 529 accorde des pouvoirs très étendus au juge du procès pour corriger tout vice d'une accusation en la modifiant. Le juge ne peut rendre une ordonnance d'annulation que si les modifications nécessaires ne peuvent être apportées sans qu'une injustice soit commise et il commet une erreur donnant lieu à cassation s'il le fait sans être arrivé à cette conclusion. Si une modification, comme question de droit, ne peut être apportée sans causer un préjudice irréparable, l'annulation de l'accusation au procès équivaut à un acquittement. Le dépôt devant un autre juge d'une accusation modifiée ne serait pas moins préjudiciable à l'accusé que la modification de la première par le juge précédent. Les paragraphes 529(4) et (5) constitueraient alors un exercice de jugement inutile.

Le juge n'aurait pas dû annuler la dénonciation en l'espèce car une modification n'aurait causé aucun préjudice à l'accusé. Toutefois, la poursuite ne peut déposer une accusation modifiée lorsque l'accusé a été acquitté, même par erreur. La décision du juge du procès est susceptible d'appel. Si l'on présume qu'il a commis une erreur, la Cour d'appel lui ordonnera d'apporter une modification et d'entendre l'affaire ou modifiera l'accusation elle-même et renverra l'affaire au juge pour qu'un procès soit tenu sur l'accusation modifiée. Le fait que l'accusé subisse son procès relativement à l'accusation modifiée ne constitue pas un motif pour minimiser l'importance de l'«annulation» de manière à permettre à la poursuite de déposer à nouveau une accusation modifiée sans se voir opposer une défense spéciale. Lorsqu'un juge annule une accusation en application de l'art. 529, cette décision est censée être sans erreur jusqu'à ce qu'elle soit infirmée par la Cour d'appel.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidents): Une dénonciation défectueuse n'est pas automatiquement une dénonciation nulle qui ne révèle aucune infraction existant en droit. Si le document donne un avis raisonnable de l'infraction à l'accusé, il peut être modifié en vertu des larges pouvoirs de modification que l'art. 529 accorde aux tribunaux. Ce n'est que dans le cas où une accusation est tellement mal rédigée qu'elle n'informe même pas l'inculpé de l'accusation qu'elle ne satisfera pas au critère minimal imposé par l'al. 510(2)c). Une accusation qui est à ce point défectueuse devrait être annulée. Une déclaration de culpabilité est possible aux termes d'une dénonciation défectueuse: les vices de forme ne l'emportent pas sur ce qui est valide au fond.

La première dénonciation n'était de toute évidence pas nulle. L'accusé savait de quelles accusations on l'inculpait et n'a pas subi de préjudice en raison de

of the offence would have been proven by the Crown. Respondent, therefore, was in jeopardy which is the first requirement for a successful plea of *autrefois acquit*.

A disposition in the nature of a final determination is an essential element of a plea of *autrefois acquit*. Section 537 should not be read as an exception to this requirement when the possibility of an amendment is raised. Section 537 is a guide to the relationship between the amending powers and the requirement of identity and is to be used to decide whether or not charges are identical.

Whether or not a judicial determination that ends proceedings will support a plea of *autrefois acquit* depends on the nature of the legal basis for the decision. Decisions based on substantive legal principles will generally support a plea of *autrefois acquit*. Decisions based on procedure are more complex. Some decisions may end defective proceedings without barring the Crown from starting anew; other decisions may amount to a final determination that can be appealed but cannot be replaced by new proceedings. A formula precisely covering all possible situations is virtually impossible. Three of those factors important to the decision, however, are the nature of the defect involved, the stage in the proceedings at which it is raised, and the degree of prejudice to the accused.

The availability of *autrefois acquit* depends on the nature of the legal decision made at the earlier trial. The common law rule has always been that subsequent proceedings are not precluded by the quashing of a defective charge. While the analysis leading to that same result must now take into account the more flexible modern policy regarding technical defects, amendments, and appeals, the justice of the result reached has not changed.

The defect in the information in this case was of a technical nature. Although it related to the elements of the offence charged, the reason for the quashing in no way was an adjudication on the legal or factual issues raised by the information. The technical error was caught at a very early stage in the trial, before the Crown had even led evidence. While it may be the case that technical errors in an information can sometimes prejudice the accused so that a quashing amounts to an acquittal, it is not the case here. The decision, while on a

l'absence de l'allégation. En outre, tous les éléments de l'infraction auraient été démontrés par la poursuite. Par conséquent, l'appelant était en péril, ce qui constitue la première exigence afin de soulever avec succès la défense d'*autrefois acquit*.

Une décision de la nature d'un jugement définitif constitue un élément essentiel de la défense d'*autrefois acquit*. L'article 537 ne devrait pas être interprété comme une exception à cette exigence lorsque la possibilité d'une modification est soulevée. L'article 537 constitue un guide portant sur le rapport entre les pouvoirs de modification et l'exigence de l'identité et il doit être utilisé pour déterminer si des accusations sont identiques.

La question de savoir si une décision judiciaire qui met fin aux procédures donne ouverture à un plaidoyer d'*autrefois acquit* dépend de la nature du fondement juridique de la décision. Les décisions fondées sur des principes juridiques de fond permettront d'une manière générale les défenses d'*autrefois acquit*. Les décisions fondées sur la procédure sont plus complexes. Certaines peuvent mettre fin à des procédures défectueuses sans empêcher le ministère public de recommencer; d'autres décisions peuvent équivaloir à une décision définitive susceptible d'appel, mais ne donnent pas ouverture à de nouvelles procédures. Il est virtuellement impossible de formuler de manière précise toutes les situations possibles. Toutefois, il y a trois de ces facteurs qui sont importants pour la décision: la nature du vice en cause, l'étape de l'instance où il est soulevé et l'importance du préjudice causé à l'accusé.

La possibilité d'invoquer la défense d'*autrefois acquit* dépend de la nature de la décision juridique prise lors du procès antérieur. L'annulation d'une accusation défectueuse ne doit pas empêcher le recours à des procédures subséquentes ainsi que l'a toujours énoncé la règle de *common law*. Bien que l'analyse qui entraîne le même résultat doive maintenant tenir compte de la politique moderne plus souple concernant les vices de procédure, les modifications et les appels, la justice du résultat atteint n'a pas été modifiée.

Le vice de la dénonciation en l'espèce était de nature procédurale. Bien que le motif de l'annulation se soit rapporté aux éléments de l'infraction reprochée, il ne s'agit nullement d'une décision sur des questions de droit ou de fait soulevées par la dénonciation. L'erreur de forme a été remarquée au tout début du procès, avant que la poursuite n'ait même présenté d'élément de preuve. Bien qu'il soit possible que des erreurs de forme dans une dénonciation puissent à l'occasion causer un préjudice à l'accusé de sorte qu'une annulation équivalait

point of law, was not a final decision. As a result, *autrefois acquit* was not available to the accused.

Cases Cited

By Lamer J.

Referred to: *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597.

By Dickson C.J. (dissenting)

R. v. Riddle, [1980] 1 S.C.R. 380; *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493; *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614; *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73; *R. v. Major*, [1977] 1 S.C.R. 826, reversing (1975), 10 N.S.R. (2d) 348; *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8; *R. v. Hunt, Nadeau, and Paquette* (1974), 16 C.C.C. (2d) 382; *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31; *R. v. Stewart* (1979), 7 C.R. (3d) 165; *Re Regina and Henyu* (1979), 48 C.C.C. (2d) 471; *R. v. Charlesworth* (1861), 1 B. & S. 460, 121 E.R. 786; *R. v. Rinnie*, [1970] 3 C.C.C. 218; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Ko and Yip*, [1977] 3 W.W.R. 447; *R. v. Tateham* (1981), 63 C.C.C. (2d) 25, aff'd (1982), 70 C.C.C. (2d) 565 (B.C.C.A.); *R. v. Plank* (1986), 28 C.C.C. (3d) 386; *Lattoni and Corbo v. The Queen*, [1958] S.C.R. 603; *Cheyenne Realty Ltd. v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 87; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] S.C.R. 57; *R. v. Tonner* (1971), 3 C.C.C. (2d) 132; *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(h).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 312(1)(a), 465(1)(b), 529(1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8), (9), 535(1), (3), (4), (5), 537(1)(a), (b), 602, 605(1)(b), (c), 613(1)(b)(i), (3), 732, as am.
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 137.

Authors Cited

Friedland, Martin Lawrence. *Double Jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, *sub nom. R. v. Moore and Wells* (1983), 9 C.C.C. (3d) 1, [1984] 2 W.W.R. 362, allowing an appeal from a judgment of Barnett Prov. Ct. J. Appeal dismissed, Dickson

à un acquittement, ce n'est pas le cas en l'espèce. La décision, bien qu'elle ait été rendue sur un point de droit, n'est pas une décision définitive. Par conséquent, la défense d'*autrefois acquit* ne peut être invoquée par l'accusé.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts mentionnés: *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597.

Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

R. c. Riddle, [1980] 1 R.C.S. 380; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493; *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614; *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73; *R. c. Major*, [1977] 1 R.C.S. 826, inf. (1975), 10 N.S.R. (2d) 348; *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8; *R. v. Hunt, Nadeau, and Paquette* (1974), 16 C.C.C. (2d) 382; *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31; *R. v. Stewart* (1979), 7 C.R. (3d) 165; *Re Regina and Henyu* (1979), 48 C.C.C. (2d) 471; *R. v. Charlesworth* (1861), 1 B. & S. 460, 121 E.R. 786; *R. v. Rinnie*, [1970] 3 C.C.C. 218; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. v. Ko and Yip*, [1977] 3 W.W.R. 447; *R. v. Tateham* (1981), 63 C.C.C. (2d) 25, conf. par (1982), 70 C.C.C. (2d) 565 (C.A.C.-B.); *R. v. Plank* (1986), 28 C.C.C. (3d) 386; *Lattoni and Corbo v. The Queen*, [1958] R.C.S. 603; *Cheyenne Realty Ltd. c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 87; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] R.C.S. 57; *R. v. Tonner* (1971), 3 C.C.C. (2d) 132; *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 312(1)a), 465(1)b), 529(1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8), (9), 535(1), (3), (4), (5), 537(1)a), b), 602, 605(1)b), c), 613(1)b)(i), (3), 732, et mod.
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 137.

Doctrine citée

Friedland, Martin Lawrence. *Double Jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *sub nom. R. v. Moore and Wells* (1983), 9 C.C.C. (3d) 1, [1984] 2 W.W.R. 362, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Barnett de la Cour provinciale.

C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

William Ehrcke, for the appellant.

Peter Messner, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—The issue in this case is whether quashing an information, after plea, for failure to allege a material averment constitutes a verdict of acquittal for the purpose of pleading *autrefois acquit* to a new information.

I

Facts

The appellant, Barry Graham Moore, and two other people, not parties to this appeal, were charged in an eight-count information with various counts of theft and possession of stolen property. The possession charges were laid under s. 312(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which reads:

312. (1) Every one commits an offence who has in his possession any property or thing or any proceeds of any property or thing knowing that all or part of the property or thing or of the proceeds was obtained by or derived directly or indirectly from

(a) the commission in Canada of an offence punishable by indictment; . . .

Count 6 of the information, the count with which we are in this appeal particularly concerned, reads:

COUNT # 6 The informant also says that he has reasonable and probable grounds to believe and does believe that Barry Graham MOORE, on or about the 27th day of February A.D., 1981, at or near the Town of Williams Lake, County of Cariboo and Province of British Columbia, did UNLAWFULLY have in his possession, automobile parts, the property of Zora

Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

William Ehrcke, pour l'appelante.

^a *Peter Messner*, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

^b LE JUGE EN CHEF (dissident)—La question soulevée en l'espèce est de savoir si l'annulation d'une dénonciation, après le plaidoyer, en raison de l'omission d'une allégation importante constitue un verdict d'acquiescement aux fins de la défense d'^c autrefois acquit relativement à une nouvelle dénonciation.

I

^d Les faits

L'appelant, Barry Graham Moore, et deux autres personnes, qui ne sont pas parties au présent pourvoi, ont été accusés aux termes d'une dénonciation comportant huit chefs d'accusation de vol et de possession de biens volés. Les accusations de possession ont été portées en vertu du par. 312(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34:

^e **312.** (1) Commet une infraction, quiconque a en sa possession un bien, une chose ou leur produit sachant que tout ou partie d'entre eux ont été obtenus

^g a) par la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation; . . .

Le sixième chef d'accusation, particulièrement visé en l'espèce, est le suivant:

^h [TRADUCTION]

CHEF D'ACCUSATION N° 6 Le dénonciateur affirme aussi qu'il a des motifs raisonnables et probables de croire et croit que Barry Graham MOORE, le 27 février 1981 ou vers cette date, dans la ville de Williams Lake ou près de celle-ci, comté de Cariboo, province de la Colombie-Britannique, a ILLÉGALEMENT eu en sa possession des pièces d'automobile, qui sont la propriété de Zora Enterprises Ltd.,

Enterprises Ltd. of a value exceeding two hundred dollars,

CONTRARY TO THE FORM OF STATUTE IN SUCH CASE MADE AND PROVIDED

d'une valeur de plus de deux cents dollars,

CONTRAIREMENT À LA DISPOSITION LÉGISLATIVE APPLICABLE EN PAREIL CAS

It will be noted that the information lacks the averment of an essential element of the offence, namely that Moore knew that the property had been obtained from the commission in Canada of an indictable offence. Moore entered a plea of not guilty to the charges against him and elected to be tried by a magistrate without a jury.

When the matter came on for trial, the trial judge, Smith Prov. Ct. J., asked defence counsel if he had any submission to make. The judge also asked Crown counsel if he had any comments on the information. Counsel made no comment. The judge then pointed out the defect and asked defence counsel if he had a motion to quash under s. 529 of the *Criminal Code*. Defence counsel promptly argued that the counts disclosed no offence known to law. The trial judge and Crown counsel agreed with that submission. Defence counsel moved that the defective counts be quashed. Crown counsel moved that the pleas be struck to permit the Crown to amend the information pursuant to s. 529. The trial judge asked if it was possible to strike the pleas, and Crown counsel agreed that the court could not. Defence counsel then argued that since the counts simply failed to allege an offence, rather than alleging one improperly, it was not possible to amend them at all. Again the judge and Crown counsel agreed with this statement and the judge quashed the defective counts.

A new information containing the necessary words omitted from the earlier information was subsequently sworn. When trial on that information began, Moore entered pleas of *autrefois acquit* on the possession counts. The second trial judge, Barnett Prov. Ct. J., refused the special

Il convient de souligner que la dénonciation ne comportait pas d'allégation d'un des éléments essentiels de l'infraction, soit que Moore savait que le bien avait été obtenu par la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation. Moore a enregistré un plaidoyer de non-culpabilité à l'égard des accusations portées contre lui et a choisi d'être jugé par un magistrat sans jury.

Au début du procès, le juge Smith de la Cour provinciale a demandé à l'avocat de la défense s'il avait quelque chose à faire valoir. Le juge a également demandé au substitut s'il avait des remarques à faire au sujet de la dénonciation. Les avocats n'ont rien dit. Le juge a alors souligné le vice de la dénonciation et a demandé à l'avocat de la défense s'il présentait une requête en annulation en vertu de l'art. 529 du *Code criminel*. L'avocat de la défense a aussitôt plaidé que les chefs d'accusation ne révélaient aucune infraction existant en droit, ce dont le juge du procès et le substitut ont convenu. L'avocat de la défense a demandé l'annulation des chefs d'accusation défectueux. Le substitut a demandé la radiation des plaidoyers pour permettre au ministère public de modifier la dénonciation aux termes de l'art. 529. Le juge du procès a demandé s'il était possible de radier les plaidoyers et le substitut a reconnu que la cour ne pouvait pas le faire. L'avocat de la défense a alors fait valoir que, comme il ne s'agissait pas d'une infraction alléguée incorrectement mais de chefs d'accusation n'alléguant tout simplement pas d'infraction, il n'était absolument pas possible de les modifier. Le juge et le substitut en ont convenu et le juge a annulé les chefs d'accusation défectueux.

Une nouvelle dénonciation contenant les éléments nécessaires, mais omis dans la dénonciation précédente, a par la suite été faite sous serment. Au début du procès, Moore a présenté des défenses d'*autrefois acquit* à l'égard des chefs d'accusation de possession. Le juge du second procès, le juge

pleas because he accepted the Crown's submission that the counts in the first information had been "hopelessly bad". He ruled that since there had never been any allegation of criminal misconduct, the appellant had never been in peril of conviction. The first essential for a special plea of *autrefois acquit* was not present and the plea was not available. Moore then entered pleas of not guilty to the two charges. He was convicted on count # 6. An appeal was taken to the British Columbia Court of Appeal.

II

The British Columbia Court of Appeal

Anderson J.A. held that the trial judge erred in law in quashing the defective counts, since he could have amended them. The unamended counts were not nullities. He held that the accused had been in jeopardy and the major question on the appeal was whether there was a final disposition of the charges. Anderson J.A. was of the view that the quashing of the charges was a dismissal of the charges from which the Crown had a right of appeal. Even if that decision was erroneous, it disposed of the charges before the court unless corrected on appeal. Anderson J.A. held that the case could not be distinguished from *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380, and *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493, and that it would not be proper to try to draw any distinction based on technical or procedural classifications. Anderson J.A. therefore allowed the appeal, Lambert J.A. concurring.

Craig J.A. in dissent agreed with Anderson J.A. that the trial judge erred by not amending the information, since there was no prejudice to the accused. He also agreed that the accused was in jeopardy and that the plea of *autrefois acquit* would be available if there had been a final dispo-

Barnett de la Cour provinciale, a rejeté les plaidoyers spéciaux parce qu'il a fait sien l'argument de la poursuite selon lequel les chefs d'accusation dans la première dénonciation étaient [TRADUCTION] «irréremédiablement viciés». Il a décidé que, comme il n'y avait jamais eu d'allégation de conduite criminelle, l'appelant n'avait jamais été mis en péril d'être déclaré coupable. Étant donné l'absence du premier élément essentiel de la défense spéciale d'*autrefois acquit*, ce moyen ne pouvait être invoqué. Moore a alors plaidé non coupable à l'égard des deux accusations. Il a été déclaré coupable relativement au chef d'accusation n° 6. Appel a été interjeté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

II

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Le juge Anderson de la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en annulant les chefs d'accusation défectueux étant donné qu'il aurait pu les modifier. Les chefs d'accusation non modifiés n'étaient pas nuls. Il a conclu que l'accusé avait été mis en péril et que la question importante posée dans l'appel était de savoir s'il y avait eu une décision définitive à l'égard des accusations. Le juge Anderson a exprimé l'avis que l'annulation des accusations constituait un rejet des accusations contre lequel le ministère public avait un droit d'appel. Même si cette décision était erronée, elle réglait le sort des accusations présentées devant la cour, à défaut d'être corrigée en appel. Le juge Anderson a conclu qu'on ne pouvait faire de distinction entre l'espèce et les arrêts *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380, et *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493, et qu'il ne serait pas approprié de tenter d'établir une distinction fondée sur des classifications de forme ou de procédure. Par conséquent, le juge Anderson à l'avis duquel le juge Lambert a souscrit, a accueilli l'appel.

Le juge Craig dans sa dissidence a convenu avec le juge Anderson que le juge du procès avait commis une erreur en ne modifiant pas la dénonciation étant donné que l'accusé n'avait subi aucun préjudice. Il a de plus convenu que l'accusé avait été mis en péril et que le plaidoyer d'*autrefois*

sition of the charges. He held that s. 537(1)(b) has not altered the requirement of a final disposition in cases where an amendment was available. Craig J.A. disagreed with Anderson J.A. on the effects of quashing the information. Relying on *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614, and *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73 (Ont. C.A.), he held that quashing an information for procedural or technical defects did not amount to a disposition equivalent to an acquittal. Since the sole reason for quashing in this case was the technical failure to allege an essential element of the offence, Craig J.A. would have held that *autrefois acquit* was not available and would have dismissed the appeal.

III

Legislation

For a greater understanding of the issue in this appeal, it may be helpful to set out the relevant provisions of the *Criminal Code*:

535. (1) An accused may plead the special pleas of

- (a) *autrefois acquit*,
- (b) *autrefois convict*, and
- (c) pardon.

(3) The pleas of *autrefois acquit*, *autrefois convict* and pardon shall be disposed of by the judge without a jury before the accused is called upon to plead further.

(4) When the pleas referred to in subsection (3) are disposed of against the accused, he may plead guilty or not guilty.

(5) Where an accused pleads *autrefois acquit* or *autrefois convict* it is sufficient if he

(a) states that he has been lawfully acquitted or convicted, as the case may be, of the offence charged in the count to which the plea relates, and

(b) indicates the time and place of the acquittal or conviction.

537. (1) Where an issue on a plea of *autrefois acquit* or *autrefois convict* to a count is tried and it appears

acquitté pouvait être invoqué s'il y avait eu une décision définitive à l'égard des accusations. Il a conclu que l'al. 537(1)(b) n'avait pas modifié l'exigence d'une décision définitive dans les cas où on pouvait avoir recours à une modification. Le désaccord du juge Craig avec le juge Anderson a porté sur les conséquences de l'annulation de la dénonciation. Se fondant sur les arrêts *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614, et *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73 (C.A. Ont.), il a conclu que l'annulation d'une dénonciation en raison de vices de procédure ou de forme n'équivalait pas à un acquittement. Étant donné que l'annulation en l'espèce était fondée uniquement sur un vice de forme, soit le défaut d'alléguer un élément essentiel de l'infraction, le juge Craig aurait conclu que la défense d'*autrefois acquit* ne pouvait être invoquée et il aurait rejeté l'appel.

III

Les textes législatifs

Pour une meilleure compréhension de la question soulevée dans le présent pourvoi, il est utile de reproduire les dispositions pertinentes du *Code criminel*:

535. (1) Un accusé peut invoquer les moyens de défense spéciaux

- a) d'*autrefois acquit*,
- b) d'*autrefois convict*, et
- c) de pardon.

(3) Le juge doit statuer sans jury, sur les défenses d'*autrefois acquit*, d'*autrefois convict* et de pardon, avant que l'accusé soit appelé à plaider davantage.

(4) L'accusé contre lequel il a été statué sur les défenses mentionnées au paragraphe (3), peut s'avouer coupable ou nier sa culpabilité.

(5) Si un accusé invoque la défense d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict*, il suffit

a) qu'il déclare avoir été légalement acquitté ou reconnu coupable, selon le cas, de l'infraction imputée dans le chef d'accusation auquel se rapporte la défense, et

b) qu'il indique le temps et le lieu de l'acquittal ou de la déclaration de culpabilité.

537. (1) Lorsqu'une contestation sur une défense d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict* à l'égard d'un chef d'accusation est jugée et qu'il paraît

(a) that the matter on which the accused was given in charge on the former trial is the same in whole or in part as that on which it is proposed to give him in charge, and

(b) that on the former trial, if all proper amendments had been made that might then have been made, he might have been convicted of all the offences of which he may be convicted on the count to which the plea of *autrefois acquit* or *autrefois convict* is pleaded,

the judge shall give judgment discharging the accused in respect of that count.

529. (1) An objection to an indictment or to a count in an indictment for a defect apparent on the face thereof shall be taken by motion to quash the indictment or count before the accused has pleaded, and thereafter only by leave of the court or judge before whom the trial takes place, and a court or judge before whom an objection is taken under this section may, if it is considered necessary, order the indictment or count to be amended to cure the defect.

(3) A court shall, upon the arraignment of an accused, or at any stage of the trial, amend the indictment or a count thereof as may be necessary where it appears

(a) that the indictment has been preferred

- (i) under another Act of the Parliament of Canada instead of this Act, or
- (ii) under this Act instead of another Act of the Parliament of Canada;

(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,

a) que l'affaire au sujet de laquelle l'accusé a été remis entre les mains de l'autorité compétente lors du procès antérieur est la même, en totalité ou en partie, que celle sur laquelle il est proposé de le remettre entre les mains de l'autorité compétente, et

b) que, lors du procès antérieur, s'il avait été apporté toutes les modifications pertinentes qui auraient pu alors être faites, l'accusé aurait pu avoir été reconnu coupable de toutes les infractions dont il peut être convaincu sous le chef d'accusation en réponse auquel la défense d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict* est invoquée,

le juge doit rendre un jugement libérant l'accusé de ce chef d'accusation.

529. (1) Une objection à un acte ou chef d'accusation, pour un vice apparent à sa face même, doit être présentée par motion pour faire annuler l'acte ou chef d'accusation, avant que le prévenu ait plaidé, et, par la suite, seulement sur permission de la cour ou du juge devant qui a lieu le procès; et une cour ou un juge devant qui une objection est présentée aux termes du présent article peut, si la chose est considérée comme nécessaire, ordonner que l'acte ou le chef d'accusation soit modifié afin de remédier au vice indiqué.

(3) Une cour doit, lors de l'interpellation d'un prévenu, ou à toute étape de l'instruction, modifier l'acte d'accusation ou un chef de cet acte selon qu'il est nécessaire, lorsqu'il paraît

a) que l'acte d'accusation a été présenté

- (i) en vertu d'une autre loi du Parlement du Canada au lieu de la présente loi, ou
- (ii) en vertu de la présente loi au lieu d'une autre loi du Parlement du Canada;

b) que l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs

- (i) n'énonce pas ou énonce defectueusement quelque chose qui est nécessaire pour constituer l'infraction,
- (ii) ne réfute pas une exception qui devrait être réfutée,
- (iii) est de quelque façon defectueux 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) 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.

IV

Jeopardy

The first question in this appeal is whether Moore was in jeopardy at the first hearing. If not, *autrefois acquit* was not available at the second hearing and he would have been properly convicted. This was the position of the second trial judge. The judge stated that the first information was a nullity disclosing no charge known to law; since Moore could not have been convicted on that information, he was never in jeopardy and could not plead *autrefois acquit*. This decision is consistent with the traditional common law approach to defective indictments. At common law, a trial judge had no power to amend even a trifling error in the indictment without the agreement of the grand jury that presented it. This inability coupled with extremely technical pleadings meant that a defective indictment was a nullity that did not bar subsequent proceedings; otherwise, criminal charges would sometimes be determined solely by procedural questions. (Friedland, *Double Jeopardy*, at p. 65.)

There is a great deal to be said for the common law rule that a disposition on a technical defect in the charge will not bar subsequent proceedings. However, that result can no longer be justified on the basis that the accused was never in jeopardy. Two relatively recent judgments of this Court, *R. v. Major*, [1977] 1 S.C.R. 826, and *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, demonstrate that the modern approach to technical defects is more flexible. At

- 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.

IV

Mise en péril

La première question que soulève ce pourvoi est de savoir si Moore a été mis en péril à la première audition. Si tel n'est pas le cas, la défense d'*autrefois acquit* ne peut être invoquée à la seconde audition et c'est à bon droit qu'il a été déclaré coupable. C'est la position adoptée par le juge du second procès. Le juge a conclu que la première dénonciation était nulle car elle ne révélait aucune accusation existant en droit; étant donné que Moore ne pouvait être déclaré coupable en vertu de cette dénonciation, il n'a jamais été mis en péril et ne pouvait invoquer la défense d'*autrefois acquit*. Cette décision est conforme avec la position traditionnelle de la *common law* à l'égard des actes d'accusation défectueux. En *common law*, le juge du procès n'avait pas le pouvoir de modifier les erreurs même négligeables dans un acte d'accusation sans le consentement du grand jury qui l'avait déposé. Cette incapacité ajoutée à des plaidoiries de caractère extrêmement formaliste signifiait qu'un acte d'accusation défectueux était entaché de nullité, ce qui n'empêchait pas que des procédures subséquentes puissent être engagées; autrement, des accusations criminelles seraient quelquefois tranchées uniquement sur des questions de procédure. (Friedland, *Double Jeopardy*, à la p. 65.)

Il y a beaucoup à dire sur la règle de *common law* selon laquelle le fait d'avoir statué en fonction d'un vice de forme de l'accusation n'empêchera pas des procédures subséquentes. Toutefois, ce résultat ne peut désormais plus être justifié pour le motif que l'accusé n'a jamais été mis en péril. Deux arrêts relativement récents de cette Cour, *R. c. Major*, [1977] 1 R.C.S. 826, et *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, démontrent que la position

issue in both cases was the validity of a conviction based on a defective information. The Court upheld both convictions.

In *R. v. Major*, the accused was involved in a traffic accident and was charged with failure to report his licence number and vehicle registration to someone at the scene, as required by the Nova Scotia *Motor Vehicle Act*. The charge stated only that the accused had not informed the other driver. The Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, held that a proper statement of the offence required an allegation of a failure to report to the other driver, to a passenger in the other car, or to a witness (*R. v. Major* (1975), 10 N.S.R. (2d) 348). Since the information failed to mention the last two elements, it was seriously defective and did not disclose an offence known to law. The Appeal Division then went on to consider whether a conviction on a defective information could be upheld and concluded that it could, based on s. 510 of the *Criminal Code*. That provision provides that so long as a charge contains in substance an allegation that an offence has been committed, it is not a nullity. Provided that the accused has not been misled by the error, even the omission of an essential averment can be cured. The defective charge is voidable but amendable under ss. 529 or 732. There is one other factor: the omission of an essential averment does not free the Crown of its obligation to prove all the elements of an offence. For an appeal court to uphold a conviction, the Crown must have led some evidence at trial to prove all the elements of the offence. In other words, if the Crown proves the substance of the offence it does not matter that the process was defective, provided the accused was not misled or prejudiced by the defect.

moderne adoptée à l'égard des vices de forme est plus souple. Dans ces deux affaires, la question en litige portait sur la validité d'une déclaration de culpabilité fondée sur une dénonciation défectueuse. La Cour a confirmé les deux déclarations de culpabilité.

Dans l'affaire *R. c. Major*, le prévenu, impliqué dans un accident de la circulation, a été accusé d'avoir omis de fournir son numéro d'immatriculation et l'enregistrement de son véhicule à une personne qui se trouvait sur les lieux de l'accident, comme l'exigeait la *Motor Vehicle Act* de la Nouvelle-Écosse. L'accusation indiquait seulement que l'accusé n'avait pas donné de renseignements à l'autre conducteur. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a jugé que l'énoncé correct de l'infraction exigeait l'allégation de l'omission de donner des renseignements à l'autre conducteur, à un passager dans l'autre voiture ou à un témoin (*R. v. Major* (1975), 10 N.S.R. (2d) 348). Étant donné que la dénonciation n'avait pas mentionné les deux derniers éléments, elle était entachée d'un vice grave et ne révélait aucune infraction existant en droit. La Division d'appel a alors examiné la question de savoir si une déclaration de culpabilité relativement à une dénonciation défectueuse pouvait être maintenue et a conclu qu'elle pouvait l'être en se fondant sur l'art. 510 du *Code criminel*. Cette disposition prévoit que, tant qu'une accusation contient en substance l'allégation selon laquelle une infraction a été commise, elle n'est pas nulle. Du moment que l'accusé n'a pas été induit en erreur par l'irrégularité, on peut même remédier à l'omission d'une allégation essentielle. L'accusation entachée d'un vice est annulable, mais elle est modifiable aux termes des art. 529 ou 732. Il y a un autre facteur: l'omission d'une allégation essentielle ne libère pas le ministère public de son obligation de démontrer tous les éléments de l'infraction. Pour qu'une cour d'appel maintienne une déclaration de culpabilité, le ministère public doit avoir présenté des éléments de preuve au procès établissant tous les éléments de l'infraction. En d'autres termes, si le ministère public établit l'élément essentiel de l'infraction, il importe peu que la procédure ait été défectueuse à la condition que l'accusé n'ait été ni induit en erreur ni lésé par le vice.

On the facts in *Major*, however, the majority of the Appeal Division held that the Crown had not led evidence to prove all the elements of the offence. Cooper J.A. dissented on that point and would have held that there was evidence to show the accused had not reported the accident to anyone. On appeal, this Court, in a short oral judgment, adopted the reasons of Cooper J.A. and affirmed the conviction.

This Court examined the same issue in greater depth in *Côté*. In that case, the accused was charged with refusal to give a breath sample, but the information did not allege "without reasonable excuse". Nevertheless, the accused advanced a defence of reasonable excuse at trial, at trial *de novo*, and on appeal, without any challenge to the information. The Saskatchewan Court of Appeal raised the issue of the defective information *ex proprio motu* and quashed the information. This Court allowed the appeal and restored the conviction.

Justice de Grandpré for the majority held there was no defect, since the information referred to the correct section number. That, together with the facts set out in the information, gave the accused full notice of the offence charged. de Grandpré J. went on to consider *Major* and decided that it applied. He interpreted *Major* to say that if the defect caused no substantial wrong or miscarriage of justice, and if the Crown had actually proved all the elements of the offence, then the conviction should be affirmed. Although s. 732 could have been used to amend the information, the conviction could be upheld on appeal without an amendment. Justice Spence for the minority, concurring in the result, held that the information was not defective because it referred to the *Code* section.

The result of these two cases is that it is no longer possible to say that a defective information is automatically a nullity disclosing no offence

Toutefois, se fondant sur les faits dans l'affaire *Major*, la Division d'appel, à la majorité, a conclu que le ministère public n'avait pas présenté d'éléments de preuve permettant d'établir tous les éléments de l'infraction. Le juge Cooper, qui était dissident sur ce point, aurait conclu qu'il y avait des éléments de preuve suffisants pour démontrer que l'accusé n'avait fourni à personne de renseignement sur l'accident. En appel, cette Cour, dans un bref jugement rendu à l'audience, a fait siens les motifs du juge Cooper et a confirmé la déclaration de culpabilité.

Cette Cour a réexaminé la question d'une manière plus approfondie dans l'arrêt *Côté*. Dans cette affaire, l'accusé était inculpé d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine, mais la dénonciation ne contenait pas l'expression «sans excuse raisonnable». Néanmoins, l'accusé a présenté une défense fondée sur l'excuse raisonnable au procès, au procès *de novo* et en appel, sans contester la dénonciation. La Cour d'appel de la Saskatchewan a soulevé de son propre chef la question de la dénonciation défectueuse et l'a annulée. Cette Cour a accueilli le pourvoi et a rétabli la déclaration de culpabilité.

Le juge de Grandpré au nom de la majorité a conclu qu'il n'y avait aucun vice, puisque la dénonciation renvoyait à l'article pertinent. Cet élément ajouté aux faits énoncés dans la dénonciation, informait complètement l'accusé de l'infraction qu'on lui imputait. Le juge de Grandpré a ensuite examiné l'arrêt *Major* et a décidé qu'il s'appliquait. Suivant son interprétation de cet arrêt, si le vice n'avait pas causé de préjudice grave ni de déni de justice et si le ministère public avait réellement prouvé tous les éléments de l'infraction, alors la déclaration de culpabilité devrait être confirmée. Bien qu'on eût pu recourir à l'art. 732 pour modifier la dénonciation, la déclaration de culpabilité pouvait être maintenue en appel sans modification. Le juge Spence au nom des juges de la minorité, dans des motifs concordants quant au résultat, a conclu que la dénonciation n'était pas défectueuse parce qu'elle renvoyait à l'article du *Code*.

Il résulte de ces deux arrêts qu'il n'est désormais plus possible de dire qu'une dénonciation défectueuse est automatiquement nulle et ne révèle

known to law. If the document gives fair notice of the offence to the accused, it is not a nullity and can be amended under the broad powers of amendment s. 529 gives to the courts. Only if a charge is so badly drawn up as to fail even to give the accused notice of the charge will it fail the minimum test required by s. 510(2)(c). A charge that is this defective would have to be quashed. *R. v. Hunt, Nadeau, and Paquette* (1974), 16 C.C.C. (2d) 382 (B.C.C.A.) provides an example of a defective charge of this sort. The accused was apparently charged with intimidation by blocking a highway, but it was not clear from the information who was alleged to have blocked the highway nor did the charge refer to a *Code* section. The Court of Appeal held that the charge was so defective it could not be amended.

Major and *Côté* also establish that a conviction is possible on a defective information and that the conviction will be upheld on appeal. Both sides can point out defects in process to the trial judge. If there is no motion to quash or to amend and a defence is tendered, there is no need to amend the information (*Côté*, at p. 15). So long as the defect does not prejudice the accused and the Crown actually proves all the elements of the offence, a conviction will be valid. Defects in form do not defeat what is valid in substance.

The Court took a similar approach to amendments for variance under s. 529(2) in *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31. The accused was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, particularized as cannabis marihuana. The evidence showed that the accused possessed cannabis resin. Justice Lamer for the Court held that the Crown had proved the possession of a narcotic and that the accused was properly convicted. The Court amended the indict-

aucune infraction existant en droit. Si le document donne un avis raisonnable de l'infraction à l'accusé, il n'est pas entaché de nullité et peut être modifié en vertu des larges pouvoirs de modification que l'art. 529 accorde aux tribunaux. Ce n'est que dans le cas où une accusation est à ce point mal rédigée qu'elle n'informe même pas l'inculpé de l'accusation qu'elle ne satisfera pas au critère minimal imposé par l'al. 510(2)c). Une accusation qui est à ce point défectueuse doit être annulée. L'arrêt *R. v. Hunt, Nadeau, and Paquette* (1974), 16 C.C.C. (2d) 382 (C.A.C.-B.), est un exemple de ce genre d'accusation défectueuse. L'accusé était apparemment inculpé d'intimidation pour avoir bloqué une route, mais il n'était pas clair d'après la dénonciation à quelle personne on reprochait d'avoir bloqué la route et l'accusation ne renvoyait pas non plus à un article du *Code*. La Cour d'appel a conclu que l'accusation était défectueuse au point qu'elle ne pouvait être modifiée.

Les arrêts *Major* et *Côté* établissent également qu'une déclaration de culpabilité est possible aux termes d'une dénonciation défectueuse et que la déclaration de culpabilité sera maintenue en appel. Les deux parties peuvent souligner au juge du procès les irrégularités dans la procédure. S'il n'y a aucune requête en annulation ou en modification et qu'une défense soit présentée, il n'est pas nécessaire de modifier la dénonciation (*Côté*, à la p. 15). Dans la mesure où le vice ne lèse pas l'accusé et où le ministère public prouve réellement tous les éléments de l'infraction, la déclaration de culpabilité sera valide. Les vices de forme ne l'emportent pas sur ce qui est valide au fond.

Dans l'arrêt *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31, la Cour a adopté une position semblable à l'égard de modifications apportées en vertu du par. 529(2) pour corriger des divergences. L'accusé était inculpé de possession illégale d'un stupéfiant pour en faire le trafic, identifié comme étant du cannabis marihuana. La preuve a démontré que l'accusé possédait de la résine de cannabis. Le juge Lamer au nom de la Cour a conclu que la poursuite avait prouvé la possession d'un stupéfiant et que l'accusé avait, à bon droit, été déclaré coupable. La Cour a modifié l'acte d'accusation en application du sous-al. 613(1)b)(i) et du par.

ment under s. 613(1)(b)(i) and (3) to read cannabis resin and dismissed the appeal.

The British Columbia Court of Appeal applied *Major* and *Côté* in two cases, *R. v. Stewart* (1979), 7 C.R. (3d) 165 and *Re Regina and Henry* (1979), 48 C.C.C. (2d) 471. *Henry* held that defective informations are not nullities and can be amended at trial (at pp. 474-75). *Stewart* held that if the defect is not noticed at trial, the conviction will be upheld if there is no prejudice, injustice, or substantial wrong to the accused (at p. 174).

In the case at bar, the first information was clearly not a nullity. The accused knew that he faced a charge of possession of stolen goods. Neither Crown nor defence counsel even noticed the missing averment until the judge pointed it out. It is difficult to argue the accused was prejudiced by the missing averment. It is also fairly clear that the Crown would have led evidence to show that the accused had stolen the property in question, as the accused was also charged with theft. This evidence, if believed, would have supported the conclusion that the accused knew the property was obtained from the commission of an indictable offence in Canada, the missing averment from the possession charge. The Crown would therefore have led evidence to prove all the elements of the offence.

In these circumstances, it is very difficult as a practical matter to argue that the appellant was not in peril of conviction. Defence counsel, Crown counsel, and the judge all knew that Moore was charged with possession of stolen property, whatever the precise defect in the information. If the first trial judge had not noticed the defect and the accused had been convicted, the conviction would have been upheld on appeal under the principles set out in *Major* and *Côté*. From this it follows that the accused was truly in jeopardy at the first hearing, and the first requirement for a successful plea of *autrefois acquit* has been met.

613(3) pour inscrire résine de cannabis et a rejeté le pourvoi.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué les arrêts *Major* et *Côté* dans deux affaires, *R. v. Stewart* (1979), 7 C.R. (3d) 165, et *Re Regina and Henry* (1979), 48 C.C.C. (2d) 471. Dans l'arrêt *Henry*, on a conclu que des dénonciations défectueuses n'étaient pas nulles et pouvaient être modifiées au procès (aux pp. 474 et 475). Dans l'arrêt *Stewart* on a jugé que si le vice n'est pas repéré au procès, la déclaration de culpabilité serait maintenue si aucun préjudice, injustice ou tort important ne sont causés à l'accusé (à la p. 174).

En l'espèce, la première dénonciation n'était de toute évidence pas nulle. L'accusé savait qu'on l'inculpait de possession de biens volés. Ni le substitut, ni l'avocat de la défense n'ont même noté l'allégation manquante jusqu'à ce que le juge la souligne. Il est difficile de soutenir que l'accusé a été lésé par l'absence de l'allégation. De plus, il est assez clair que la poursuite aurait produit des preuves pour démontrer que l'accusé avait volé le bien en question car l'accusé était également inculpé de vol. Cette preuve, si on y ajoute foi, aurait appuyé la conclusion selon laquelle l'accusé savait que le bien avait été obtenu par la perpétration d'un acte criminel au Canada, l'allégation manquante dans l'accusation de possession. La poursuite aurait donc présenté des preuves pour démontrer tous les éléments de l'infraction.

Dans ces circonstances, il est très difficile en pratique de soutenir que l'appellant n'a pas été mis en péril d'être déclaré coupable. L'avocat de la défense, le substitut et le juge savaient tous que Moore était accusé de possession de biens volés, quel qu'ait été le vice précis dans la dénonciation. Si le juge du premier procès n'avait pas remarqué le vice et que l'accusé ait été déclaré coupable, la déclaration de culpabilité aurait été maintenue en appel en vertu des principes énoncés dans les arrêts *Major* et *Côté*. Il en découle que l'accusé était vraiment en péril à la première audition et qu'on a satisfait à la première exigence afin de soulever avec succès la défense d'*autrefois acquit*.

V

Section 537

One of the points raised by the appeal is the relationship between s. 537 and s. 535. In cases where an amendment was possible, does s. 537 allow an accused to plead *autrefois acquit* simply from the fact that he was earlier in jeopardy on the same charge, even if there was no final determination? If so, the exact classification of quashing the information would not be important; the fact of jeopardy would be decisive.

There are two possible interpretations to s. 537. The first, based on the word "might" in para. (b), suggests that if the accused could have been convicted on the previous count, if it had been properly amended, then that is sufficient to allow a plea of *autrefois acquit* or *autrefois convict*. Peril of conviction would determine if the special pleas were available. The final disposition at the former trial would be of less importance. The second interpretation suggests that s. 537 is limited to defining identity of charges for the purposes of the special pleas made available by s. 535. By this view, s. 535 is the primary section and s. 537 plays an ancillary role, defining one of the elements of the special pleas. Peril of conviction would be necessary but not determinative.

How is the choice to be made between these interpretations? One consequence of the first interpretation is that it involves a major change in the analysis of the special pleas. The literal meanings of the names of the pleas identifies their nature: they are concerned with previous convictions and acquittals. Anglo-Canadian common law has always required a disposition of the charges to allow an accused to use the special pleas (Friedland, *Double Jeopardy*, at pp. 21-26; *R. v. Charlesworth* (1861), 1 B. & S. 460, 121 E.R. 786). To accept that s. 537 focusses the inquiry almost entirely on the danger of conviction is to

V

L'article 537

a Un des points qui a été soulevé dans le présent pourvoi est le rapport qui existe entre les art. 537 et 535. Dans les cas où une modification est possible, l'art. 537 permet-il à un accusé d'invoquer la défense d'*autrefois acquit* simplement en raison du fait qu'il avait précédemment été mis en péril à l'égard de la même accusation, même s'il n'y a pas eu de décision définitive? Le cas échéant, la classification exacte de l'annulation de la dénonciation ne serait pas importante; le fait que l'accusé ait été mis en péril serait décisif.

On peut interpréter l'art. 537 de deux façons. Premièrement, en se fondant sur le terme «aurait pu» à l'al. b), on laisse entendre que si l'accusé pouvait avoir été déclaré coupable relativement au chef d'accusation précédent, s'il avait été correctement modifié, alors cela suffirait pour lui permettre d'invoquer la défense d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict*. La possibilité d'une déclaration de culpabilité déterminerait si les défenses spéciales peuvent être invoquées. La décision définitive lors du procès précédent serait moins importante. Selon la deuxième interprétation possible, l'art. 537 se limiterait à la définition de l'identité des accusations aux fins des défenses spéciales que prévoit l'art. 535. Dans cette optique, l'art. 535 est l'article principal et l'art. 537 joue un rôle accessoire, en définissant l'un des éléments des défenses spéciales. Le risque de déclaration de culpabilité serait nécessaire mais non déterminant.

Comment choisir entre ces interprétations? h L'une des conséquences de la première interprétation est d'entraîner une modification importante dans l'analyse des défenses spéciales. Le sens littéral du nom des moyens de défense identifie leur nature: ils visent les déclarations de culpabilité et les acquittements antérieurs. La *common law* anglo-canadienne a toujours exigé qu'une décision soit rendue à l'égard des accusations pour permettre à un accusé d'utiliser les défenses spéciales (Friedland, *Double Jeopardy*, aux pp. 21 à 26; *R. v. Charlesworth* (1861), 1 B. & S. 460, 121 E.R. 786). Accepter que l'art. 537 concentre l'enquête

accept a major change in the concept of the special pleas.

The second interpretation, that s. 537 is ancillary to s. 535, suggests that s. 535 has continued the special pleas from the common law and made them available under the *Code* without making a fundamental alteration in their common law content. This interpretation is supported by the complete absence of definition of the special pleas in s. 535, which suggests that that section simply incorporates the common law. The reason for s. 537 is that the common law did not allow amendments to the indictment. That absence of an amending power was reflected in the rule that *autrefois acquit* was not available when an information was quashed for technical defects (Friedland, p. 65). Section 537 changes a part of the common law principles of *autrefois acquit* to take account of the new amending powers. It does not make a major change in other parts of the requirements for *autrefois acquit*, which follow the common law. In particular, s. 537 does not eliminate the need for a final disposition of the charge, which has always been a requirement for *autrefois acquit* or *convict* at common law. The marginal notes for s. 537, "What determines identity" and "Allowance of special plea in part" are consistent with this interpretation of s. 537 and are another small indication that s. 537 defines "identity" for the purposes of the special pleas without defining the special pleas in their entirety.

This interpretation of the role of s. 537 is also consistent with this Court's recent cases on *autrefois acquit*. In both *Riddle* and *Petersen*, *supra*, the Court indicated that a disposition in the nature of a final determination is an essential element of a plea of *autrefois acquit*. Since a final disposition is required generally for *autrefois acquit*, s. 537 should not be read as an exception to that requirement when the possibility of an amendment is raised. The section should be read

presque entièrement sur le risque de déclaration de culpabilité, c'est accepter un changement majeur du concept des défenses spéciales.

^a La seconde interprétation selon laquelle l'art. 537 est accessoire à l'art. 535 laisse entendre que l'art. 535 a maintenu les défenses spéciales de la *common law* et en permet l'utilisation aux termes ^b du *Code* sans apporter de modification fondamentale à leur contenu de *common law*. Cette interprétation est appuyée par l'absence complète de définition des défenses spéciales à l'art. 535, ce qui ^c laisse entendre que cet article incorpore simplement la *common law*. La raison d'être de l'art. 537 est que la *common law* ne permettait pas de modifications de l'acte d'accusation. Cette absence de pouvoir de modification s'est traduite dans la règle selon laquelle la défense d'*autrefois acquit* ne ^d pouvait être invoquée lorsqu'une dénonciation était annulée en raison d'un vice de forme (Friedland, p. 65). L'article 537 modifie une partie des principes de *common law* d'*autrefois acquit* pour tenir ^e compte des nouveaux pouvoirs de modification. Il ne modifie pas de façon importante d'autres parties des exigences de la défense d'*autrefois acquit* qui suivent la *common law*. En particulier, l'art. 537 n'élimine pas la nécessité d'une décision définitive relative à l'accusation, ce qui a toujours été ^f une règle applicable aux défenses d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict* en *common law*. Les notes marginales de l'art. 537 «ce qui détermine l'identité» et «moyen de défense spécial permis en ^g partie» sont conformes à cette interprétation de l'art. 537 et constituent une autre indication même ^h minimale que l'art. 537 définit le terme «identité» aux fins des défenses spéciales sans définir entièrement ces dernières.

Cette interprétation du rôle de l'art. 537 est également conforme aux arrêts récents de cette Cour sur la défense d'*autrefois acquit*. Dans les arrêts *Riddle* et *Petersen*, précités, la Cour a indiqué qu'une décision de la nature d'un jugement définitif constitue un élément essentiel de la défense d'*autrefois acquit*. Étant donné qu'il faut généralement une décision définitive pour invoquer la défense d'*autrefois acquit*, l'art. 537 ne devrait pas être interprété comme une exception à cette

as a guide to the relationship between the amending powers and the requirement of identity.

I have not been able to find any case that gives a detailed examination of s. 537 and the role that it plays in relation to s. 535, but there are several cases that make some mention of the section. The lower courts have used the section to guide their decision whether or not charges at one trial are identical to those at an earlier trial. For example, in *R. v. Rinnie*, [1970] 3 C.C.C. 218 (Alta. C.A.), the accused was acquitted of a charge of attempted murder. The Crown then charged him with causing bodily harm with intent to wound and he was convicted, notwithstanding a plea of *autrefois acquit*. The Appeal Division upheld the conviction. The second charge was not an included offence of the first, nor was the first charge defective. No amendment could have been made to the first charge under s. 510 (the predecessor to s. 529) so the charges were not identical under s. 518 (the predecessor to s. 537). The section's role was limited to determining identity in the case of amendments but had no application to the question of included offences. While the result in this case may not now be consistent with the principle of *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, and s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, its interpretation of s. 537 is consistent with the idea that the section relates only to questions of identity when there was a possibility of an amendment to the first information.

R. v. Ko and Yip, [1977] 3 W.W.R. 447 (B.C.C.A.) involved two trials for trafficking in heroin, both arising out of the same transaction. The accused were charged and convicted at a first trial for delivering a small sample from a pound of heroin, and then charged and convicted at a second trial for delivery of the rest of the pound. McIntyre J.A., as he then was, analyzed the two charges in terms of s. 537. Although there were two sepa-

exigence lorsque la possibilité d'une modification est soulevée. L'article devrait être interprété comme un guide portant sur le rapport entre les pouvoirs de modification et l'exigence de l'identité.

^a Je n'ai pas trouvé de décisions dans lesquelles on examine en détail l'art. 537 ainsi que le rôle qu'il joue par rapport à l'art. 535, mais il y a plusieurs affaires où il est question de cet article. Les tribunaux d'instance inférieure ont utilisé cet article comme guide pour déterminer si des accusations jugées dans un procès sont identiques à celles jugées dans un procès antérieur. Par exemple, dans *R. v. Rinnie*, [1970] 3 C.C.C. 218 (C.A. Alb.), l'accusé a été acquitté d'une accusation de tentative de meurtre. La poursuite l'a alors accusé d'avoir infligé des lésions corporelles avec l'intention de causer des blessures et il a été déclaré coupable, nonobstant un plaidoyer d'*autrefois acquit*. La Division d'appel a maintenu la déclaration de culpabilité. La deuxième accusation ne visait pas une infraction comprise dans la première accusation et celle-ci n'était pas défectueuse. ^c Aucune modification n'aurait pu être apportée à la première accusation aux termes de l'art. 510 (maintenant l'art. 529), c'est pourquoi les accusations n'étaient pas identiques aux termes de l'art. 518 (maintenant l'art. 537). Le rôle de l'article se limitait à déterminer l'identité dans le cas des modifications, mais ne s'appliquait pas à la question des infractions comprises. Bien que le résultat dans cette affaire ne soit peut-être plus maintenant conforme aux principes énoncés dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, et à l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette interprétation de l'art. 537 est conforme avec la notion selon laquelle l'article ne se rapporte qu'aux questions d'identité lorsqu'il est possible de modifier la première dénonciation. ^h

L'arrêt *R. v. Ko and Yip*, [1977] 3 W.W.R. 447 (C.A.C.-B.), portait sur deux procès en matière de trafic d'héroïne qui découlaient tous deux d'une même opération. À leur premier procès les accusés ont été inculpés et déclarés coupables de livraison d'un petit échantillon tiré d'une livre d'héroïne et ensuite inculpés et déclarés coupables à un second procès de la livraison du reste de la livre. Le juge McIntyre, alors juge à la Cour d'appel, a analysé

rate deliveries, both counts were very generally worded and the evidence at the first trial included some mention of the delivery of the pound. McIntyre J.A. held that without any amendments at all the accused could have been convicted at the first trial for delivery of the pound. The charges were therefore identical and *autrefois acquit* was available at the second trial. Section 537 was used as a guide to questions of identity when the issue was not clear-cut.

R. v. Tateham (1981), 63 C.C.C. (2d) 25 (B.C. Co. Ct.), involved the interpretation to be given to a stay of proceedings. The Crown wished to introduce transcript evidence at trial but the trial judge refused to admit it. The Crown then entered a stay and re-laid the charges. The matter came on before a second judge who refused a plea of *autrefois acquit*, admitted the transcript evidence and convicted the accused. He held that s. 535 requires that an acquittal be entered before *autrefois acquit* is available. Section 537 does not mean that *autrefois acquit* is available whenever an accused has pleaded to a charge and the trial has begun. The conviction was upheld by the Court of Appeal ((1982), 70 C.C.C. (2d) 565), which emphasized this Court's position in *Riddle* that a final judgment on the charge is essential for a successful plea of *autrefois acquit*.

Finally, the Ontario Court of Appeal held in *R. v. Plank* (1986), 28 C.C.C. (3d) 386, that when a person is acquitted on an information that could have been amended to provide for an included offence, acquittal is a bar to a trial on the included offence. The accused was charged with impaired driving, but the evidence showed only care and control of a motor vehicle while impaired. The Crown moved to amend but the court refused the amendment and acquitted. The Crown then laid

les deux accusations en tenant compte de l'art. 537. Bien qu'il y eût deux livraisons distinctes, les deux chefs d'accusation étaient formulés d'une manière très générale et la preuve présentée lors du premier procès comprenait une certaine mention de la livraison de la livre. Le juge McIntyre a conclu que, sans modification aucune, les accusés auraient pu être déclarés coupables de la livraison de la livre lors du premier procès. Les accusations étaient par conséquent identiques et la défense d'*autrefois acquit* pouvait être invoquée au second procès. L'article 537 a été utilisé comme guide en ce qui a trait aux questions d'identité lorsque la question n'était pas claire.

L'arrêt *R. v. Tateham* (1981), 63 C.C.C. (2d) 25 (C. Cté C.-B.), portait sur l'interprétation qui devait être donnée à une suspension d'instance. Le ministère public désirait produire la transcription des témoignages au procès, mais le juge a refusé de l'admettre. Le ministère public a alors enregistré une suspension d'instance et a porté de nouveau les accusations. L'affaire a été entendue par un autre juge qui a rejeté le moyen de défense d'*autrefois acquit*, a admis la transcription des témoignages et a déclaré l'accusé coupable. Il a conclu que l'art. 535 exige un acquittement avant qu'on puisse invoquer la défense d'*autrefois acquit*. L'article 537 ne signifie pas que la défense d'*autrefois acquit* puisse être invoquée chaque fois qu'un accusé a inscrit un plaidoyer relativement à une accusation et que le procès a commencé. La déclaration de culpabilité a été maintenue par la Cour d'appel ((1982), 70 C.C.C. (2d) 565); elle a souligné la position que cette Cour a adoptée dans l'arrêt *Riddle* selon laquelle une décision définitive à l'égard de l'accusation est essentielle pour invoquer avec succès la défense d'*autrefois acquit*.

Finalement la Cour d'appel de l'Ontario a conclu dans l'arrêt *R. v. Plank* (1986), 28 C.C.C. (3d) 386, que lorsqu'une personne est acquittée à l'égard d'une dénonciation qui aurait pu être modifiée pour prévoir une infraction comprise, l'acquittement empêche la tenue d'un procès relativement à l'infraction comprise. L'accusé a été inculpé de conduite avec facultés affaiblies, mais la preuve n'a démontré que la garde et le contrôle d'un véhicule automobile avec facultés affaiblies. La

an information charging care and control and the accused pleaded *autrefois acquit*. This plea was upheld by Brooke J.A. for the Court of Appeal, even though he thought the trial judge should have considered whether care and control was an included offence. Section 537 was interpreted only to relate to specific issues of identity of charges, not to the requirement of a final disposition.

This review of the use made of s. 537 by the lower courts suggests that it has not changed the requirements for a final conviction or acquittal, recognised by the common law and repeated in *Riddle* and *Petersen*. The section is to be used to decide whether or not charges are identical, but identity of charges alone does not make the special pleas available. A final determination equivalent to an acquittal is still necessary.

VI

Final Disposition

The next question is thus to ask whether the action of the first trial judge in this case was a final disposition equivalent to an acquittal, such that the plea of *autrefois acquit* is available.

In *Riddle*, the Crown asked for an adjournment on the day of trial because the complainant was not present. The court refused the adjournment and called on the Crown to present its case. When the Crown led no evidence, the trial judge dismissed the charges against the accused. A week later, the information was re-sworn and a second trial held, at which the accused pleaded *autrefois acquit*.

This Court held that the plea was good. The Crown should not be able to decline to lead evidence to support its case and then assert that the decision of the trial court is irrelevant to a later information. Nor should it be able to avoid the

poursuite a demandé une modification mais la cour l'a refusée et a acquitté l'accusé. La poursuite a alors présenté une dénonciation portant sur la garde et le contrôle et l'accusé a plaidé autrefois acquit. Cette défense a été acceptée par le juge Brooke au nom de la Cour d'appel, même s'il était d'avis que le juge du procès aurait dû examiner la question de savoir si la garde et le contrôle constituaient une infraction comprise. L'article 537 a été interprété comme se rapportant seulement à des questions précises d'identité des accusations et non à l'exigence d'une décision définitive.

Il ressort de cet examen de l'utilisation de l'art. 537 par les tribunaux d'instance inférieure que rien n'est venu modifier la nécessité d'une décision définitive ou d'un acquittement, comme la *common law* le reconnaît et les arrêts *Riddle* et *Petersen* le réitèrent. L'article doit être utilisé pour déterminer si des accusations sont identiques, mais l'identité des accusations ne permet pas à elle seule de se prévaloir des moyens de défense spéciaux. Une décision définitive équivalant à un acquittement est toujours nécessaire.

VI

Décision définitive

La question suivante est donc de savoir si la mesure prise par le juge du premier procès en l'espèce est une décision définitive équivalant à un acquittement, de manière à permettre le plaider d'*autrefois acquit*.

Dans l'affaire *Riddle*, le ministère public a demandé un ajournement le jour du procès en raison de l'absence du plaignant. La cour a refusé de l'accorder et a demandé au ministère public de présenter sa preuve. Comme le ministère public n'a présenté aucun élément de preuve, le juge du procès a rejeté les accusations portées contre l'accusé. Une semaine plus tard une autre dénonciation était faite sous serment et au second procès l'accusé a plaidé autrefois acquit.

Cette Cour a conclu que le plaider était valable. Le ministère public ne devrait pas être en mesure de refuser de présenter sa preuve à charge pour ensuite alléguer que la décision du juge de première instance ne pouvait être opposée à cette

effects of a refusal to adjourn by simply laying a new information. The Court in *Riddle* rejected the argument that a trial "on the merits" was necessary for a successful plea of *autrefois acquit*, partly because that phrase has no statutory basis and partly because it was used in an inaccurate way, not truly capturing the principle underlying the plea of *autrefois acquit*. A case can be finally adjudicated in law without ever reaching the factual allegations which form the basis for the charge. Whenever there is a final adjudication, the matter is *res judicata* and the accused can use the special pleas if charged again.

Many cases raise more than one legal issue, any one of which can be determinative if decided in favour of the accused. The trial court is required to dispose of each question raised at various stages in the proceedings. It is only where no issue is decided against the Crown along the way that the court reaches the central issue of whether the conduct of the accused amounted to a criminal offence. A decision at an earlier stage on a decisive point of law can be a determination equivalent to an acquittal or dismissal, sufficient for *autrefois acquit*. On the other hand, there are legal issues, as this case exemplifies, that are not directly connected to the substantive issues raised by a case, but which must be considered and decided by the court. Some errors by the Crown in the process of bringing an accused to trial, at least in the early stages of criminal proceedings, will not automatically give an accused immunity from any further proceedings.

Whether or not a judicial determination that ends proceedings will support a plea of *autrefois acquit* will depend on the nature of the legal basis for the decision. Decisions based on substantive legal principles will generally support a plea of

nouvelle dénonciation. De plus, le ministère public ne devrait pas pouvoir contrer les effets d'un refus d'ajournement simplement en déposant une nouvelle dénonciation. Dans l'arrêt *Riddle*, la Cour a rejeté l'argument selon lequel un procès «sur le fond» était nécessaire pour invoquer avec succès la défense d'*autrefois acquit*, en partie parce que cette expression n'a aucun fondement législatif et en partie parce qu'elle a été utilisée d'une manière imprécise, ne reflétant pas vraiment le principe sous-jacent au plaidoyer d'*autrefois acquit*. Une décision définitive peut être rendue en droit à l'égard d'une affaire sans jamais porter sur les allégations de faits qui constituent le fondement de l'accusation. Chaque fois qu'une décision définitive est prise, il y a chose jugée et l'accusé peut invoquer les moyens de défense spéciaux s'il est inculpé de nouveau.

De nombreuses affaires soulèvent plus d'une question de droit, dont n'importe laquelle pourrait être déterminante si elle était tranchée en faveur de l'accusé. Le tribunal de première instance est tenu de régler chaque question soulevée aux diverses étapes de la procédure. Ce n'est que lorsqu'aucune question n'est tranchée contre la poursuite au cours de ce processus que le tribunal arrive à la question centrale de savoir si la conduite de l'accusé constitue une infraction criminelle. Une décision prise à une étape antérieure sur un point de droit décisif peut constituer une décision équivalente à un acquittement ou à un rejet, suffisante pour permettre de plaider *autrefois acquit*. Par ailleurs, il y a des questions de droit, comme c'est le cas en l'espèce, qui ne sont pas directement liées aux questions principales soulevées par une affaire, mais qui doivent être examinées et réglées par le tribunal. Certaines erreurs faites par la poursuite dans le processus qui amène un accusé à subir son procès, du moins aux premières étapes des poursuites pénales, n'accorderont pas automatiquement à un accusé une immunité relativement à d'autres poursuites.

La question de savoir si une décision judiciaire qui met fin aux poursuites donne ouverture à un plaidoyer d'*autrefois acquit* dépendra de la nature du fondement juridique de la décision. Les décisions fondées sur des principes juridiques de fond

autrefois acquit. *Riddle* is an example of this sort of decision. The Crown was called upon to prove its case against the accused and could not do so. The courts should not try to distinguish cases where the Crown fails to lead evidence or leads insufficient evidence. Either way, the Crown has failed to prove its case and the accused is entitled not to be subjected to another trial. Decisions based on procedure are more complex. Some decisions may end defective proceedings without barring the Crown from starting anew; other decisions may amount to a final determination that can be appealed but cannot be replaced by new proceedings. It would be difficult, if not impossible, to devise a formula which would precisely cover all possible situations. Without attempting to identify all the factors involved, three that are important to the decision are the nature of the defect involved, the stage in the proceedings at which it is raised, and the degree of prejudice to the accused.

A review of the cases decided under the old Crown appeal provisions helps to demonstrate this principle. In one line of cases, decisions that ended the proceedings were held to be equivalent to acquittals; in the other, the decisions were not final for appeal purposes. In the first group of cases, there was an adjudication of legal issues raised by the case, even though the court never reached the particular factual allegations that were at the heart of the offence. The decisions were considered final because those legal issues were determinative in those cases. See *Lattoni and Corbo v. The Queen*, [1958] S.C.R. 603; *R. v. Sheets, supra*; *Cheyenne Realty Ltd. v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 87, and *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

The common thread to all these cases is that a question of law was raised which, if decided in favour of the accused, meant that no prosecution of the charge could ever continue to a formal

permettront d'une manière générale les défenses d'autrefois acquit. L'arrêt *Riddle* constitue un exemple de ce genre de décision. On a demandé au ministère public de présenter sa preuve contre l'accusé et il n'a pas pu le faire. Les tribunaux ne devraient pas tenter d'établir de distinctions entre les affaires où le ministère public ne présente pas de preuve et celles où il présente des éléments de preuve insuffisants. De toute façon, le ministère public n'a pas réussi à prouver ses prétentions et l'accusé a le droit de ne pas subir un autre procès. Les décisions fondées sur la procédure sont plus complexes. Certaines peuvent mettre fin à des procédures défectueuses sans empêcher le ministère public de recommencer; d'autres décisions peuvent équivaloir à une décision définitive susceptible d'appel, mais sans donner ouverture à de nouvelles procédures. Il serait difficile, voire impossible, d'inventer une formule qui prévoirait précisément toutes les situations possibles. Sans tenter d'identifier tous les facteurs en jeu, il y en a trois qui sont importants pour la décision: la nature du vice en cause, l'étape de l'instance où il est soulevé et l'importance du préjudice causé à l'accusé.

Une étude de la jurisprudence découlant des anciennes dispositions relatives aux appels du ministère public permet de démontrer ce principe. Un courant jurisprudentiel considère que les décisions qui mettent fin aux procédures équivalent à des acquittements; un autre veut que les décisions ne soient pas définitives pour fins d'appel. Dans le premier groupe d'arrêts, la décision porte sur les questions de droit soulevées par la preuve, même si la cour n'a jamais eu à se pencher sur les allégations de faits particulières qui sont au cœur de l'infraction. Les décisions sont considérées comme définitives parce que ces questions de droit sont déterminantes dans ces affaires. Voir *Lattoni and Corbo v. The Queen*, [1958] R.C.S. 603, *R. c. Sheets*, précité, *Cheyenne Realty Ltd. c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 87, et *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

Tous ces arrêts ont ceci de commun qu'ils soulèvent une question de droit qui, si elle est tranchée en faveur de l'accusé, signifie qu'aucune poursuite à l'égard de l'accusation ne peut conduire à une

acquittal or conviction. In *Lattoni and Corbo*, the accused argued that the charge was prescribed. In *Sheets*, it was held that the accused did not come within the definition of "official", a necessary first step for a conviction under the offence charged. In *Cheyenne Realty Ltd.*, the accused challenged the validity of the by-law under which it was charged. The Crown led no evidence in *Riddle*. In *Jewitt*, a judicial stay of proceedings was entered because of police entrapment. In each of these cases, a judicial determination had been made which, if correct, was sufficient to dispose of the charges permanently in the accused's favour. The trial judge had considered the charges and made a final decision. If the Crown disagreed with the decision, its remedy was to appeal.

By way of contrast, there is another series of cases where a disposition was held not to be equivalent to an acquittal or dismissal: *Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] S.C.R. 57; *R. v. Tonner* (1971), 3 C.C.C. (2d) 132 (Ont. C.A.), and *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169 (B.C.C.A.) In *Kipp*, erroneously quashing an indictment for duplicity was held not to be tantamount to a dismissal. The indictment was there quashed on a pre-trial motion, before plea. This Court upheld an order for mandamus, saying that the issue had to be tried and was not affected by an erroneous preliminary decision on the form of the indictment. *Kipp* was applied in *Tonner*, where the Ontario Court of Appeal held that there was no Crown appeal from the quashing of an indictment for duplicity, since the disposition in that case did not amount to an acquittal on the charges. In *G. & P. International News Ltd.*, the British Columbia Court of Appeal held that an erroneous quashing of an indictment for formal defects did not amount

déclaration de culpabilité ou un acquittement formel. Dans l'affaire *Lattoni and Corbo*, l'accusé a soutenu que l'accusation était prescrite. Dans l'arrêt *Sheets*, on a conclu que l'accusé n'était pas visé par la définition de «fonctionnaire», une première étape nécessaire à une déclaration de culpabilité aux termes de l'infraction imputée. Dans l'affaire *Cheyenne Realty Ltd.*, l'accusé a contesté la validité du règlement aux termes duquel il a été inculpé. Le ministère public n'a présenté aucun élément de preuve dans l'affaire *Riddle*. Dans l'arrêt *Jewitt*, une suspension d'instance judiciaire a été ordonnée en raison de la provocation policière. Dans chacune de ces affaires, une décision judiciaire a été rendue qui, si elle était valable, était suffisante pour régler les accusations de manière permanente en faveur de l'accusé. Le juge du procès avait examiné les accusations et avait rendu une décision définitive. Si le ministère public n'était pas d'accord avec la décision, il pouvait interjeter appel.

Par contre, selon un autre courant jurisprudentiel, une décision n'est pas considérée comme équivalent à un acquittement ou à un rejet: *Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] R.C.S. 57, *R. v. Tonner* (1971), 3 C.C.C. (2d) 132 (C.A. Ont.), et *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169 (C.A.C.-B.) Dans l'arrêt *Kipp*, on a jugé que l'annulation par erreur d'un acte d'accusation en raison d'accusations multiples n'équivalait pas à un rejet. L'acte d'accusation a été annulé en vertu d'une requête préalable au procès, avant plaidoyer. Cette Cour a maintenu une ordonnance de *mandamus* en disant que la question devait venir à procès et n'était pas visée par une décision préliminaire erronée sur la forme de l'acte d'accusation. L'arrêt *Kipp* a été appliqué dans l'arrêt *Tonner*, où la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le ministère public ne pouvait interjeter appel contre l'annulation d'un acte d'accusation pour accusations multiples, étant donné que la décision dans cette affaire n'équivalait pas à un acquittement relativement aux accusations. Dans l'arrêt *G. & P. International News Ltd.*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que l'annulation erronée d'un acte d'accusation en raison de vices de forme n'équivalait pas à un verdict d'acquiescement, étant donné que la déci-

to a verdict of acquittal, since the decision was merely procedural or technical in nature.

The guiding principle in these cases is just the opposite of the other line of cases. Here, the basis of the judgment under consideration, whether or not correctly decided, was of a formal, technical nature. The decisions turned on points of law, but were not directly connected to the substantive issues raised by the offence charged. The questions raised in these cases all related to the process by which the case was brought before the courts, rather than to the adjudication of the legal and factual issues of the offence charged.

In *R. v. Jewitt* this Court stated, at p. 147-48:

On a true reading of s. 605(1)(a) of the *Code*, to determine whether a stay of proceedings is a judgment or verdict of acquittal, we must look to the substance of the action of the trial judge and not the label he used in disposing of the case. Substance and not form should govern. Whatever the words used, the judge intended to make a final order disposing of the charge against the respondent. If the order of the Court effectively brings the proceedings to a final conclusion in favour of an accused then I am of opinion that, irrespective of the terminology used, it is tantamount to a judgment or verdict of acquittal and therefore appealable by the Crown.

The exact form of a decision does not decide the availability of *autrefois acquit*: it is the reason for the decision and its substantive effect that govern. Whether or not a particular decision supports a plea of *autrefois acquit* will depend in part on the facts of each case. In *Jewitt*, the stay for abuse of process was held to be a final determination that could be appealed under the then s. 605. The stay in that case would also have supported a plea of *autrefois acquit*.

The Court in *Jewitt* also addressed the question of a quashing of an indictment, at p. 141:

From this review, it can be concluded that quashing an indictment is tantamount to an acquittal where (a)

sion était simplement de nature procédurale ou formelle.

Le principe directeur dans ces affaires est tout simplement l'inverse de celui qui est appliqué dans l'autre courant jurisprudentiel. Le fondement de la décision qui fait l'objet d'un examen, qu'elle ait ou non été prise à bon droit, est d'une nature formelle, procédurale. Les décisions portent sur des points de droit, mais ne sont pas directement reliées aux questions de fond soulevées par l'infraction imputée. Les questions soulevées dans ces arrêts se rapportent toutes à la procédure par laquelle l'affaire a été amenée devant les tribunaux, plutôt qu'à la décision de points de droit et de fait soulevés par l'infraction imputée.

Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, cette Cour a dit aux pp. 147 et 148:

Correctement interprété, l'al. 605(1)a) du *Code* exige, pour déterminer si une suspension d'instance constitue un jugement ou verdict d'acquiescement, que nous considérons le fond de l'action du juge du procès et non l'étiquette qu'il utilise pour statuer sur l'affaire. C'est le fond et non la forme qui doit importer. Quels que soient les termes utilisés, le juge a voulu rendre une ordonnance définitive concernant l'accusation portée contre l'intimé. Si l'ordonnance de la cour met définitivement un terme aux procédures en faveur de l'accusé, je suis alors d'avis que, peu importe la terminologie utilisée, elle équivaut à un jugement ou verdict d'acquiescement dont Sa Majesté peut par conséquent interjeter appel.

La forme exacte d'une décision ne permet pas de décider si la défense d'*autrefois acquit* peut être invoquée: cela dépend du motif de la décision et de son effet au fond. Les faits de chaque affaire détermineront si une décision en particulier appuie le plaidoyer d'*autrefois acquit*. Dans l'affaire *Jewitt*, on a jugé que la suspension d'instance pour abus de procédure était une décision définitive dont appel pouvait être interjeté aux termes de l'ancien art. 605. La suspension d'instance dans cette affaire aurait également appuyé un plaidoyer d'*autrefois acquit*.

Dans l'arrêt *Jewitt*, la Cour a également examiné la question de l'annulation d'un acte d'accusation à la p. 141:

À partir de cette analyse, on peut conclure que l'annulation d'un acte d'accusation équivaut à un acquiescement

the decision to quash is not based on defects in the indictment or technical procedural irregularities, and (b) the decision is a final decision resting on a question of law alone, such that if the accused were charged subsequently with the same offence he or she could plead *autrefois acquit*.

I have left to the last a discussion of *Petersen v. The Queen*, *supra*. In that case, the trial judge, after a series of adjournments, held that there was nothing in the record to show that the accused had consented to adjournments of greater than eight days, as required by s. 738. He held that he had lost jurisdiction and dismissed the charges. A new information was sworn and the Crown began a new trial by indictment. This Court applied *Riddle* and upheld a plea of *autrefois acquit*, saying that the Crown had no right to lay new charges and could only appeal the decision of the trial judge concerning jurisdiction.

The Court in that case does not appear to have considered an earlier decision of this Court, the case of *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, which examined the effects of an adjournment of more than eight days without the accused's consent, under s. 465(1)(b) of the *Code*. Justice Ritchie for the Court held that a breach of that section meant a loss of jurisdiction over both the accused and the "offence", but he also held that "offence" in this context referred to the information and that further proceedings based upon a new information would be possible (at p. 610):

Much of the difficulty in this area has, I think, been occasioned by the use of the phrase "jurisdiction over the offence". In my opinion the word "offence" as used in this phrase must be construed as meaning the "information" charging the accused with the offence and the result of an error such as occurred in the present case is, in my view, that that information is to be treated as if it had never been laid. This in no way affects the jurisdiction of the court in relation to the "offence" itself so as to preclude the laying of another information in the same jurisdiction charging the same offence. This result, I think, follows from the case of *Trenholm v. Attorney General of Ontario*, [[1940] S.C.R. 303]. [Emphasis added.]

lorsque a) la décision d'annuler l'accusation ne se fonde pas sur des vices de l'acte d'accusation ou des irrégularités de forme, et lorsque b) la décision est une décision définitive fondée sur une question de droit seulement, de sorte que si l'accusé était par la suite inculpé de la même infraction, il pourrait plaider *autrefois acquit*.

J'ai gardé pour la fin l'analyse de l'arrêt *Petersen c. La Reine*, précité. Dans cette affaire, le juge du procès a conclu, après une série d'ajournements, que rien dans le dossier ne démontrait que l'accusé avait consenti à des ajournements de plus de huit jours comme l'exige l'art. 738. Il a jugé qu'il avait perdu compétence et a rejeté les accusations. Une nouvelle dénonciation a été faite sous serment et le ministère public a commencé un nouveau procès par voie d'acte d'accusation. Cette Cour a appliqué l'arrêt *Riddle* et a retenu le plaidoyer d'*autrefois acquit*, en disant que le ministère public n'avait pas le droit de porter de nouvelles accusations et pouvait seulement interjeter appel de la décision du juge du procès concernant sa compétence.

Dans cet arrêt, la Cour ne paraît pas avoir tenu compte de son arrêt antérieur *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, qui porte sur les effets d'un ajournement de plus de huit jours sans le consentement de l'accusé aux termes de l'al. 465(1)b) du *Code*. Le juge Ritchie au nom de la Cour, a conclu que la violation de cet article entraîne une perte de compétence relativement à l'accusé et à l'«infraction», mais il a également conclu que l'«infraction» dans ce contexte vise la dénonciation et que d'autres procédures fondées sur une nouvelle dénonciation seraient possibles (à la p. 610):

Il semble que la principale difficulté dans ce domaine provient de l'emploi de l'expression «jurisdiction sur l'infraction». À mon avis, le terme «infraction», dans cette expression, doit être interprété comme signifiant la «dénonciation» inculquant le prévenu de l'infraction et, selon moi, une erreur comme celle commise en l'espèce fait que la dénonciation en question doit être considérée comme n'ayant jamais été faite. Cela n'influe d'aucune façon sur la juridiction du tribunal à l'égard de l'«infraction» elle-même, ni n'empêche le dépôt d'une autre dénonciation dans le même ressort et au regard de la même infraction. À mon avis, ce résultat découle de l'arrêt *Trenholm c. Le procureur général de l'Ontario*, [[1940] R.C.S. 303]. [Je souligne.]

The closing passage in *Petersen* is as follows (at pp. 502-3):

In the facts of this case I am of the view that the appellant was put in jeopardy, and the summary conviction court dismissed the informations thus giving the appellant such a determination of the issue that it could be raised in bar of any later proceedings on the same charge. The fact that the provincial court judge may have made an error in law in dismissing the informations does not alter the situation. He made an order. Assuming, as I do, that his order was wrong, it nonetheless disposed of the informations. Such an order, though voidable, must stand, however, until it is rescinded, quashed, or reversed on appeal. It was therefore in force and effect when the plea of *autrefois acquit* was raised and it should have received effect. This is not to say the Crown was left without remedy in the face of judicial error. The Crown could have appealed; it might have had the right to relief by prerogative proceedings, but it could not simply conclude that the summary conviction court's order was *ex facie* a nullity and ignore it by commencing new proceedings. By this approach, the Crown has foregone its remedy and a plea of *autrefois acquit* should have succeeded. I would allow the appeal. [Emphasis added.]

It is very difficult to reconcile the holdings in *Doyle* and *Petersen* on this point.

Whether or not *autrefois acquit* is available will depend on the nature of the legal decision made at the earlier trial. *Doyle* established that the failure to respect the adjournment provisions is a serious procedural error, one that ends the proceedings before the court, but it does not preclude subsequent proceedings on a new information, subject of course to any applicable limitation period or possible abuse of process. This approach to the problem of loss of jurisdiction caused by procedural defects is consistent with the principles of *autrefois acquit* outlined earlier. It follows that the holding in *Petersen*, which did not consider *Doyle*, went too far in its application of *autrefois acquit*. In any event, *Petersen* certainly should not be extended and applied here. We must not lose sight of the fact that the common law rule has always been that subsequent proceedings are not precluded by the quashing of a defective charge. While the

Le dernier passage dans l'arrêt *Petersen* est le suivant (aux pp. 502 et 503):

Vu les faits en l'espèce, je suis d'avis que l'appelant a été mis en péril et que la cour des poursuites sommaires a rejeté les dénonciations, décision que l'appelant peut invoquer à titre de fin de non-recevoir à l'égard de toute poursuite ultérieure relative à la même accusation. Le fait que le juge de la cour provinciale ait pu commettre une erreur de droit en rejetant les dénonciations ne change rien à la situation. Il a rendu une ordonnance. À supposer, comme je le fais, que son ordonnance est erronée, elle n'en constitue pas moins une décision à l'égard des dénonciations. Cette ordonnance, quoique annulable, demeure toutefois valide jusqu'à ce qu'elle soit rescindée, annulée ou infirmée en appel. Elle avait donc force exécutoire au moment où on a invoqué la défense d'*autrefois acquit* et on aurait dû lui donner effet. Cela ne veut pas dire que le ministère public est laissé sans recours face à une erreur judiciaire. Le ministère public aurait pu interjeter appel; il aurait pu avoir droit à un recours par voie de bref de prérogative, mais il ne pouvait simplement conclure que l'ordonnance de la cour des poursuites sommaires était nulle *ex facie* et y passer outre en intentant de nouvelles poursuites. En agissant de la sorte, le ministère public a renoncé à son recours et on aurait dû faire droit au plaidoyer d'*autrefois acquit*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. [Je souligne.]

Il est très difficile de concilier les conclusions dans les arrêts *Doyle* et *Petersen* sur ce point.

La nature de la décision juridique prise lors du procès antérieur permettra de déterminer si la défense d'*autrefois acquit* peut être invoquée. L'arrêt *Doyle* établit que le défaut de respecter les dispositions en matière d'ajournement constitue une erreur procédurale grave, une erreur qui met fin aux poursuites judiciaires, mais elle n'empêche pas que des poursuites subséquentes puissent être engagées sur le fondement d'une nouvelle dénonciation, sous réserve évidemment des délais applicables ou de la possibilité d'un abus de procédure. Cette position à l'égard du problème de la perte de compétence due à un vice de procédure est conforme aux principes de la défense d'*autrefois acquit* énoncés précédemment. Il en découle que la conclusion dans l'arrêt *Petersen*, qui n'a pas tenu compte de l'arrêt *Doyle*, est allée trop loin dans son application de la défense d'*autrefois acquit*. De toute façon, l'arrêt *Petersen* ne devrait certaine-

analysis leading to that same result must now take into account the more flexible modern policy regarding technical defects, amendments, and appeals, the justice of the result reached has not changed.

Much of the debate in the cases on the Crown's right of appeal, cited earlier, and in older decisions under the common law, centred on the absence of any remedy for technical defects in an information, other than to quash the defective information and begin again with a new information. In these circumstances, the Crown's power to re-lay charges was necessary to ensure that a well-founded charge could be heard and adjudicated. The law in this area has now been altered, with extensive powers to amend and to appeal. The most recent change was in 1985, when the Attorney General was given the power to appeal stays, quashes, and refusals to exercise jurisdiction, in addition to the previous right to appeal "a judgment or verdict of acquittal." (See the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 137, which added new paras. (b) and (c) to s. 605(1).) Do these changes mean that the rationale for the common law rule no longer exists and that an appeal is the only available recourse?

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Lamer J. With the greatest respect, I cannot agree that because the Crown has a right of appeal, an appeal is its only recourse. The argument based on the availability of an appeal overlooks the long-term effects. If every decision of a trial judge to quash must be appealed by the Crown, the costs and delays of criminal proceedings, already high and long, will increase further. Such appeals would focus solely on the procedural points raised by the applications to quash or amend, rather than on the substantive issues raised

ment pas être étendu et appliqué en l'espèce. Nous ne devons pas perdre de vue le fait que l'annulation d'une accusation défectueuse ne doit pas empêcher des poursuites subséquentes ainsi que l'a toujours énoncé la règle de *common law*. Bien que l'analyse qui entraîne le même résultat doive maintenant tenir compte de la politique moderne plus souple concernant les vices de procédure, les modifications et les appels, la justice du résultat atteint n'a pas été modifiée.

Le débat soulevé dans la jurisprudence citée précédemment sur le droit d'appel du ministère public et dans les décisions plus anciennes fondées sur la *common law*, porte principalement sur l'absence de tout recours pour vices de forme dans une dénonciation, autre que l'annulation de la dénonciation défectueuse et le dépôt d'une nouvelle dénonciation. Dans ces circonstances, le pouvoir du ministère public de porter de nouvelles accusations était nécessaire pour veiller à ce qu'une accusation bien fondée puisse être entendue et réglée. Le droit dans ce domaine a maintenant été modifié par l'octroi de pouvoirs étendus en matière de modification et d'appel. La modification la plus récente a eu lieu en 1985, lorsque le procureur général a obtenu le pouvoir d'interjeter appel des suspensions, des annulations et des refus d'exercer la compétence en plus de l'ancien droit d'interjeter appel d'un jugement ou verdict d'acquiescement. (Voir la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, art. 137, qui a ajouté les nouveaux al. b) et c) au par. 605(1).) Ces modifications signifient-elles que le fondement de la règle de *common law* n'existe désormais plus et que l'appel est le seul recours possible?

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Lamer. En toute déférence, je ne peux souscrire à son avis que, parce que le ministère public dispose d'un droit d'appel, celui-ci constitue son seul recours. L'argument fondé sur la possibilité d'un appel ne tient pas compte des effets à long terme. Si le ministère public doit interjeter appel contre chaque annulation prononcée par un juge de première instance, il y aura une augmentation des frais déjà élevés et une prolongation des délais déjà longs des poursuites pénales. De tels appels viseraient uniquement les points de procé-

by the charges. If the Crown is successful on appeal, the trial would continue with the possibility of a second appeal, this time on the issues raised by the charges themselves. It has always been a principle of criminal procedure that multiple appeals should be avoided and a case should move as a whole up the court system (*Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, per McIntyre J.; *Criminal Code*, s. 602). When a count is quashed for technical defects entirely unrelated to the substantive legal and factual issues raised by the charge and when the accused is not prejudiced or caught by surprise, it is difficult to see why a lengthy appeal process is more favourable to the accused than a simple re-laying of the charges. The accused can always challenge the validity of the new charge at the trial before the second judge, by pleading *autrefois acquit* as in this case, or perhaps by a motion for a stay for abuse of process. If the accused is unsuccessful at the second trial, the judge's decision can be appealed along with any other grounds of appeal. The case would then move up the court system as a whole. Overall, single appeals rather than multiple appeals work to everyone's advantage, including that of the accused.

There are many possible reasons for allowing or refusing an amendment. Section 529(4) sets out five factors the court shall consider. Only two of these factors concern prejudice and injustice (s. 529(4)(d) and (e)). A judge may well decide to refuse an amendment and quash an information based on the other three factors, namely, matters disclosed at the preliminary inquiry, evidence taken at trial, and the circumstances of the case. Where the motivating factor for refusing an amendment is that to allow it would be prejudicial to the accused, very often such a disposition will be tantamount to an acquittal, and as a subsequent charge will be precluded by *autrefois acquit*, the Crown's only recourse would be to appeal. But in my view that does not mean that all refusals of

deuxième appel, cette fois-là contre les questions que soulèvent les accusations elles-mêmes. Il y a toujours eu un principe de procédure pénale selon lequel la multiplication des appels devrait être évitée et une affaire devrait être traitée comme un tout dans le système judiciaire (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, par le juge McIntyre; *Code criminel*, art. 602). Lorsqu'un chef d'accusation est annulé en raison de vices de procédure sans aucun rapport avec des questions de droit et de fait importantes que soulève l'accusation et lorsque l'accusé ne subit pas de préjudice ou n'est pas pris par surprise, il est difficile de voir pour quelle raison un long processus d'appel favoriserait plus l'accusé qu'un simple nouveau dépôt des accusations. L'accusé peut toujours contester la validité de la nouvelle accusation au procès devant le second juge, en invoquant la défense d'*autrefois acquit* comme en l'espèce, ou peut-être au moyen d'une requête en suspension d'instance pour abus de procédure. Si l'accusé n'a pas gain de cause lors du deuxième procès, il peut interjeter appel de la décision du juge par tout autre moyen d'appel. L'affaire serait alors traitée comme un tout dans le système judiciaire. Qui plus est, les appels uniques plutôt que les appels multiples avantagent tout le monde, y compris l'accusé.

Il y a de nombreuses raisons possibles de permettre ou refuser une modification. Le paragraphe 529(4) énonce cinq facteurs que la cour doit examiner. Seulement deux de ces facteurs concernent le préjudice et l'injustice (al. 529(4)d et e)). Un juge peut très bien décider de refuser une modification et d'annuler une dénonciation fondée sur les trois autres facteurs, c'est-à-dire, les faits révélés lors de l'enquête préliminaire, la preuve recueillie au procès et les circonstances de l'affaire. Lorsque le facteur motivant le refus d'une modification est que l'admettre causerait un préjudice à l'accusé, très souvent une telle décision équivaudra à un acquittement et puisqu'une accusation subséquente ne pourra être portée en raison de la défense d'*autrefois acquit*, le seul recours du ministère

amendments should be accorded this treatment. Where a judge quashes an information for technical defects at an early stage of the proceedings, with no prejudice to the accused, I do not think that the Crown is thereby barred from correcting its error by laying a new information.

I also do not think that the fact that a second trial judge will be required to review the first trial judge's decision suggests that an appeal is the only recourse. Any time an accused pleads *autrefois acquit*, the trial judge will have to review the decision of another trial judge to determine if the charges are identical, if the first court had jurisdiction, and if there was a disposition tantamount to an acquittal. Any of these inquiries could involve a review of a legal decision made by the first judge. For example, if the second judge decides that the first court erroneously assumed jurisdiction, the second court would be required to reject the special plea in spite of the first court's decision. While it is unusual for one trial judge to review the decision made by another trial judge, the nature of the special pleas requires that review.

In summary, not every judicial decision that stems the trial process will support a plea of *autrefois acquit*. A court has broad powers to remedy defective process, but when it decides that the errors cannot be remedied the decision on that procedural point does not necessarily block a further prosecution, subject to concerns about abuse of process and prejudice to the accused.

The defect in the information in this case was of a technical nature. Although it related to the elements of the offence charged, the reason for the quashing in no way was an adjudication on the legal or factual issues raised by the information. The first trial judge made no comment on the accused's legal liability, or even addressed his mind to the issue. Without making any adjudication on the accused's guilt, the trial judge simply held that the Crown had not correctly started the

public sera l'appel. Toutefois, à mon avis, cela ne signifie pas que tous les refus de modification devraient être traités de cette façon. Lorsqu'un juge annule une dénonciation en raison de vices de procédure au début de l'instance, sans préjudice pour l'accusé, je ne crois pas que le ministère public soit ainsi empêché de corriger son erreur par le dépôt d'une nouvelle dénonciation.

De plus, je ne crois pas que le fait qu'il soit nécessaire que le juge du second procès examine la décision du juge du premier procès laisse entendre qu'un appel soit le seul recours. Chaque fois qu'un accusé invoque la défense d'*autrefois acquit*, le juge du procès sera tenu d'examiner la décision d'un autre juge du procès pour déterminer si les accusations sont identiques, si le premier tribunal était compétent et s'il y a eu une décision équivalente à un acquittement. Chacun de ces examens peut comporter l'étude d'une décision judiciaire prise par le premier juge. Par exemple, si le second juge décide que le premier tribunal a exercé sa compétence de manière erronée, le second tribunal sera tenu de rejeter le plaidoyer spécial malgré la décision du premier tribunal. Bien qu'il soit inhabituel qu'un juge du procès examine la décision d'un autre juge du procès, la nature des plaidoyers spéciaux exige cet examen.

Bref, toute décision judiciaire qui arrête le cours d'un procès ne vient pas appuyer un plaidoyer d'*autrefois acquit*. Le tribunal détient de grands pouvoirs pour remédier à des procédures défectueuses, mais lorsqu'il décide qu'on ne peut remédier aux erreurs, la décision sur ce point de procédure n'empêche pas nécessairement une autre poursuite, sous réserve des préoccupations relatives à l'abus de procédure et au préjudice causé à l'accusé.

Le vice de la dénonciation en l'espèce est de nature procédurale. Bien que le motif de l'annulation se rapporte aux éléments de l'infraction reprochée, il ne s'agit nullement d'une décision sur des questions de droit ou de fait soulevées par la dénonciation. Le juge du premier procès n'a fait aucune observation à l'égard de la responsabilité juridique de l'accusé et n'a même pas examiné cette question. Sans rendre de décision sur la culpabilité de l'accusé, il a simplement conclu que

trial and the allegations could not be properly heard at that stage. Nor can it be said that the accused was prejudiced by the defect. He was not caught by surprise nor had he built his defence around it. The technical error was caught at a very early stage in the trial, before the Crown had even led evidence. While it may be the case that technical errors in an information can sometimes prejudice the accused so that a quashing amounts to an acquittal, it is not the case here.

Overall, the quashing in this case does not meet the test established in *Jewitt*. There was no adjudication on the legal or factual issues raised. While a decision on a point of law, it is not a final decision. As a result, *autrefois acquit* is not available to the accused in this case.

VII

Conclusion

In this case, and in summary, the information was quashed for technical reasons, at an early stage of the proceedings. That disposition did not relate to the substantive legal and factual issues raised by the charge. There was no prejudice to the accused. The Crown had the power to re-lay the charges and the plea of *autrefois acquit* should be rejected. The appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside, and the conviction restored.

The judgment of McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

LAMER J.—The Chief Justice has set out the facts, analyzed the judgments below, and identified the issue to be decided in this case, namely, “. . . whether quashing an information, after plea, for failure to allege a material averment constitutes a verdict of acquittal for the purpose of pleading *autrefois acquit* to a new information.”

la poursuite n'avait pas correctement entamé le procès et que les allégations ne pouvaient pas à bon droit être entendues à cette étape. On ne peut pas non plus dire que le vice a causé un préjudice à l'accusé. Il n'a pas été pris par surprise et n'avait pas non plus fondé sa défense sur ce motif. L'erreur de forme a été remarquée au tout début du procès, avant que la poursuite ait même présenté sa preuve. Bien qu'il soit possible que des erreurs de forme dans une dénonciation puissent parfois causer un préjudice à l'accusé de sorte qu'une annulation équivaut à un acquittement, ce n'est pas le cas en l'espèce.

D'une manière générale, l'annulation en cause ne satisfait pas aux critères énoncés dans l'arrêt *Jewitt*. Aucune décision n'a été rendue à l'égard des questions de droit ou de fait qui ont été soulevées. Bien qu'il y ait une décision sur un point de droit, ce n'est pas une décision définitive. Par conséquent, la défense d'*autrefois acquit* ne peut être invoquée par l'accusé en l'espèce.

VII

Conclusion

Bref, en l'espèce, la dénonciation a été annulée pour des motifs de forme au tout début de l'instance. Cette décision ne se rapporte pas aux questions de droit et de fait fondamentales soulevées par l'accusation. L'accusé n'a subi aucun préjudice. Le ministère public avait le pouvoir de porter à nouveau des accusations et la défense d'*autrefois acquit* doit être rejetée. Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel annulé et de la déclaration de culpabilité rétablie.

Version française du jugement des juges McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE LAMER—Le Juge en chef a énoncé les faits, analysé les jugements des tribunaux d'instance inférieure et identifié la question qui doit être tranchée en l'espèce, c'est-à-dire celle « . . . de savoir si l'annulation d'une dénonciation, après le plaidoyer, en raison de l'omission d'une allégation importante constitue un verdict d'acquiescement aux fins de la défense d'*autrefois acquit* relativement à une nouvelle dénonciation.»

There appears to be no disagreement, either between ourselves or with the judges below, as regards the fact that, acting under s. 529 of the *Code*, the judge erred in quashing the information. Indeed, the information was not a nullity but only voidable and the accused was clearly in jeopardy of being convicted when the judge quashed the information. On this it is without any reservation that I agree with the reasons of the Chief Justice. I also agree with his analysis of s. 537 and that, added to the requirement that the accused must have been put in jeopardy, there must also have been a final determination equivalent to an acquittal.

My respectful disagreement with the Chief Justice is in the qualification to be given to a quashing by a judge when he does so acting, at trial, under the authority of s. 529. I find it necessary to reproduce s. 529 in its entirety.

529. (1) An objection to an indictment or to a count in an indictment for a defect apparent on the face thereof shall be taken by motion to quash the indictment or count before the accused has pleaded, and thereafter only by leave of the court or judge before whom the trial takes place, and a court or judge before whom an objection is taken under this section may, if it is considered necessary, order the indictment or count to be amended to cure the defect.

(2) A court may, on the trial of an indictment, amend the indictment or a count thereof or a particular that is furnished under section 516, to make the indictment, count or particular conform to the evidence, where there appears to be a variance between the evidence and

(a) the charge in a count in the indictment as found; or

(b) the charge in a count in the indictment
(i) as amended, or
(ii) as it would have been if it had been amended in conformity with any particular that has been furnished pursuant to section 516.

(3) A court shall, upon the arraignment of an accused, or at any stage of the trial, amend the indictment or a count thereof as may be necessary where it appears

(a) that the indictment has been preferred
(i) under another Act of the Parliament of Canada instead of this Act, or

Il ne paraît pas y avoir de désaccord, ni entre nous ni avec les juges des tribunaux d'instance inférieure, sur le fait qu'aux termes de l'art. 529 du *Code*, le juge a commis une erreur en annulant la dénonciation. En fait, la dénonciation n'était pas nulle, mais seulement annulable et l'accusé était de toute évidence en péril d'être déclaré coupable lorsque le juge a annulé la dénonciation. Sur ce point, c'est sans aucune réserve que je souscris aux motifs du Juge en chef. Je suis également d'accord avec son analyse de l'art. 537 et avec la proposition voulant que, en plus de l'exigence que l'accusé ait été mis en péril, il doit également y avoir une décision définitive équivalant à un acquittement.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec le Juge en chef sur la qualification qu'il faut donner à l'annulation qu'un juge prononce au procès en vertu de l'art. 529. J'estime nécessaire de reproduire ici l'art. 529 au complet.

529. (1) Une objection à un acte ou chef d'accusation, pour un vice apparent à sa face même, doit être présentée par motion pour faire annuler l'acte ou chef d'accusation, avant que le prévenu ait plaidé, et, par la suite, seulement sur permission de la cour ou du juge devant qui a lieu le procès; et une cour ou un juge devant qui une objection est présentée aux termes du présent article peut, si la chose est considérée comme nécessaire, ordonner que l'acte ou le chef d'accusation soit modifié afin de remédier au vice indiqué.

(2) Une cour peut, lors de l'instruction d'un acte d'accusation, modifier l'acte d'accusation ou un chef de cet acte, ou un détail fourni en vertu de l'article 516, afin de rendre l'acte ou le chef d'accusation ou le détail conforme à la preuve, s'il paraît y avoir une divergence entre la preuve et

a) l'inculpation dans un chef de l'acte d'accusation, tel qu'il est déclaré fondé; ou

b) l'inculpation dans un chef de l'acte d'accusation
(i) tel qu'il est modifié, ou
(ii) tel qu'il l'aurait été, s'il avait été modifié en conformité d'un détail quelconque fourni aux termes de l'article 516.

(3) Une cour doit, lors de l'interpellation d'un prévenu, ou à toute étape de l'instruction, modifier l'acte d'accusation ou un chef de cet acte selon qu'il est nécessaire, lorsqu'il paraît

a) que l'acte d'accusation a été présenté
(i) en vertu d'une autre loi du Parlement du Canada au lieu de la présente loi, ou

- (ii) under this Act instead of another Act of the Parliament of Canada;
- (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.
- (5) Where, in the opinion of the court, the accused has been misled or prejudiced in his defence by a variance, error or omission in an indictment or a count thereof, the court may, if it is of the opinion that the misleading or prejudice may be removed by an adjournment, adjourn the trial to a subsequent day in the same sittings or the next sittings of the court and may make such an order with respect to the payment of costs resulting from the necessity for amendment as it considers desirable.
- (6) The question whether an order to amend an indictment or a count thereof should be granted or refused is a question of law.
- (7) An order to amend an indictment or a count thereof shall be endorsed on the indictment as part of the record and the trial shall proceed as if the indictment or count had been originally found as amended.
- (8) A mistake in the heading of an indictment shall be corrected as soon as it is discovered but, whether corrected or not, is not material.
- (ii) en vertu de la présente loi au lieu d'une autre loi du Parlement du Canada;
- 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.
- (5) Si, de l'avis de la cour, l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission dans l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs, la cour peut, si elle estime qu'un ajournement ferait disparaître cette impression erronée ou ce préjudice, ajourner le procès à un jour subséquent de la même session ou à la prochaine session de la cour et rendre, à l'égard du paiement des frais résultant de la nécessité de la modification, l'ordonnance qu'elle croit opportune.
- (6) La question de savoir si doit être accordée ou refusée une ordonnance en vue de la modification d'un acte d'accusation ou de l'un de ses chefs constitue une question de droit.
- (7) Une ordonnance en vue de modifier un acte d'accusation ou l'un de ses chefs doit être inscrite sur l'acte d'accusation, comme partie du dossier, et le procès suit son cours comme si l'acte d'accusation ou le chef d'accusation avait été originairement porté selon sa modification.
- (8) Une erreur dans l'en-tête d'un acte d'accusation doit être corrigée, dès qu'elle est découverte, mais il est indifférent qu'elle le soit ou non.

(9) The authority of a court to amend indictments does not authorize the court to add to the overt acts stated in an indictment for high treason or treason or for an offence against any provision in sections 49, 50, 51 and 53.

Since the enactment of our *Code* in 1892 there has been, through case law and punctual amendments to s. 529 and its predecessor sections, a gradual shift from requiring judges to quash to requiring them to amend in the stead; in fact, there remains little discretion to quash. Of course, if the charge is an absolute nullity, an occurrence the conditions of which the Chief Justice has set out clearly in his reasons, no cure is available as the matter goes to the very jurisdiction of the judge. In such a case, the doctrine of *autrefois acquit* is never a bar to the relaying of the charge because the accused was never in jeopardy and the disposition of the charge through quashing was for lack of jurisdiction. Also, if and when a charge is laid before that or another judge, it will be the first time the accused is in jeopardy before a judge having jurisdiction on the accused and the subject matter. There was nothing to be acquitted of, and for this reason, there is no "*autrefois*", as there was no offence, and no "*acquit*" as there was no jurisdiction to acquit or convict. But, if the charge is only voidable, the judge has jurisdiction to amend. Even failure to state something that is an essential ingredient of the offence (and I am referring to s. 529(3)(b)(i)) is not fatal; in fact, it is far from being fatal, as the section commands that the judge "shall" amend.

My understanding of s. 529, when read in its entirety, is that it commands the following to the trial judge: absent absolute nullity and subject to certain limits set out in subs. (9), the judge has very wide powers to cure any defect in a charge by amending it; if the mischief to be cured by amendment has misled or prejudiced the accused in his defence, the judge must then determine whether the misleading or prejudice may be removed by an adjournment. If so, he must amend, adjourn and thereafter proceed. But, if the required amend-

(9) Le pouvoir, pour une cour, de modifier des actes d'accusation ne l'autorise pas à ajouter aux actes manifestes énoncés dans un acte d'accusation de haute trahison ou de trahison ou d'infraction à l'une des dispositions des articles 49, 50, 51 et 53.

Depuis l'adoption de notre *Code* en 1892, du fait de la jurisprudence et des modifications ponctuelles apportées à l'art. 529 et aux articles qui l'ont précédé, l'obligation pour les juges d'annuler les actes d'accusation s'est graduellement transformée en une obligation de les modifier; le juge ne conserve en effet qu'un pouvoir discrétionnaire restreint pour annuler. Évidemment, si l'acte d'accusation est entaché de nullité absolue, ce qui peut se produire dans les conditions clairement énoncées par le Juge en chef dans ses motifs, il n'y a aucun remède car cela porte atteinte à la compétence même du juge. En pareil cas, la doctrine d'*autrefois acquit* n'empêche jamais de porter de nouveau l'accusation parce que l'accusé n'a jamais été mis en péril et que l'annulation de l'acte d'accusation était due à un défaut de compétence. En outre, lorsqu'une accusation est portée de nouveau devant un juge, le même ou un autre, l'accusé sera mis en péril pour la première fois devant un juge ayant compétence relativement à l'accusé et à la matière du procès. L'acquiescement n'avait aucun objet et, partant, il n'y avait pas d'*«autrefois»*, vu l'absence d'une infraction, et pas d'*«acquit»*, vu l'absence de compétence pour acquitter ou déclarer coupable. Mais si l'acte d'accusation est seulement annulable, le juge a la compétence pour le modifier. Même l'omission d'énoncer un élément essentiel de l'infraction (et je parle ici du sous-al. 529(3)b(i)) n'est pas fatale; en fait, beaucoup s'en faut puisque l'article prescrit que le juge «doit» modifier l'acte d'accusation.

Selon moi, voici ce que l'art. 529, interprété dans son intégralité, prescrit au juge du procès: en l'absence d'une nullité absolue et sous réserve de certaines restrictions énoncées au par. (9), le juge a des pouvoirs très étendus pour corriger tout vice d'une accusation en la modifiant; si le vice qui doit être corrigé au moyen d'une modification a induit l'accusé en erreur ou lui a causé un préjudice dans sa défense, le juge doit alors déterminer si l'erreur ou le préjudice peut être corrigé par un ajournement. Dans l'affirmative, il doit modifier, ajourner

ment cannot be made without injustice being done, then and only then the judge is to quash. Therefore, a judge must not quash a charge, and it is reversible error of law if he does, unless he has come to that conclusion, namely that "the proposed amendment" cannot "be made without injustice being done". However if having determined, as a matter of law (see subs. (6)), that an amendment cannot be made without causing irreparable prejudice, his quashing of the charge at the trial is then, in my view, tantamount to an acquittal. This is equally true whether, to terminate the proceedings under s. 529, the judge uses the word "quash", "dismiss", "discharge" or "acquit". With respect, this to me is obvious, because relaying before another judge an amended charge would be no less prejudicial to the accused than the amendment of the first one by the previous judge. Sections 529(4) and (5) would then be a useless exercise of judgment.

It has been suggested that the factors, other than those related to prejudice, to be considered by the trial judge under s. 529(4) are indicative of the fact that irreparable prejudice is not necessarily the ultimate factor to determine whether to amend or quash. This with respect is to read s. 529 with an "all-or-nothing" approach, that is, that the judge must either amend or quash. The factors listed under s. 529(4) are, as the opening words of the subsection indicate, relevant to determine whether there should be an amendment, and not whether the judge should amend or quash. Quashing will occur only if there is irreparable prejudice. A judge may well come to the conclusion that there is no need to quash because there is no prejudice to the accused, without necessarily concluding that there need be an amendment. Such could be the case where the defect is one of pure form as contemplated by s. 529(3)(c). If there is irreparable prejudice, there is no amendment available. *A contrario*, however, there need not always be an amendment. In other words, the question whether one quashes or not is not on all

et ensuite reprendre le procès. Toutefois, si la modification nécessaire ne peut être apportée sans qu'une injustice soit commise, alors, et alors seulement, le juge doit rendre une ordonnance d'annulation. Par conséquent, un juge ne doit pas annuler une accusation, et s'il le fait il commet une erreur de droit donnant lieu à cassation, à moins qu'il ne soit arrivé à cette conclusion, c'est-à-dire que «la modification projetée» ne peut «être apportée sans qu'une injustice soit commise». Toutefois, s'il a décidé, comme question de droit (voir par. (6)), qu'une modification ne peut être apportée sans causer de préjudice irréparable, son annulation de l'acte d'accusation équivaut alors, selon moi, à un acquittement. Cela est également vrai peu importe que, pour mettre fin aux procédures en vertu de l'art. 529, le juge utilise le terme «annuler», «rejeter», «libérer» ou «acquitter». En toute déférence, cela me paraît évident parce que le dépôt devant un autre juge d'une accusation modifiée ne serait pas moins préjudiciable à l'accusé que la modification de la première accusation par le juge précédent. Les paragraphes 529(4) et (5) constitueraient alors un exercice de jugement inutile.

On a allégué que comme le par. 529(4) énumère, parmi ceux que le juge doit examiner, des facteurs autres que ceux qui ont trait au préjudice, un préjudice irréparable n'est pas nécessairement le facteur déterminant dans la décision de modifier ou d'annuler. Avec égards, ceci revient à analyser l'art. 529 comme s'il obligeait le juge du procès à choisir entre la modification et l'annulation. Or, comme les premiers mots de l'article l'indiquent, les facteurs énumérés au par. 529(4) sont pertinents pour déterminer si le juge doit apporter une modification et non s'il devrait modifier ou annuler. Il n'y aura annulation qu'en cas de préjudice irréparable. Un juge peut fort bien conclure que l'annulation n'est pas nécessaire parce que l'accusé n'a pas subi de préjudice, sans conclure nécessairement qu'une modification est requise. Tel pourrait être le cas lorsqu'il s'agit d'un vice de pure forme comme le prévoit l'al. 529(3)c). S'il y a un préjudice irréparable, on ne peut pas recourir à la modification. *A contrario*, toutefois, il n'est pas toujours nécessaire qu'il y ait une modification. En d'autres termes, la décision d'annuler ou non n'a

fours with whether one, absent irreparable prejudice, amends or not.

What is misleading here is that it is clear to us, as it was to the Court of Appeal, that the judge quashed when he clearly should not have, as an amendment would not have caused any prejudice to the accused. However, this is no reason to allow the Crown to lay an amended charge once the accused has been acquitted, albeit by error. The trial judge's decision is open to appeal. Assuming error is found, the Court of Appeal will direct him to amend and hear the case, or will amend the charge itself and then return the file to the judge for trial on the amended charge. The fact that this will result in the accused being tried on the amended charge in any event, is no reason for downgrading the "quashing" so as to permit the Crown to relay an amended charge without facing a special plea. When a judge quashes under s. 529, that decision is deemed without error until reversed by a Court of Appeal. Otherwise the second judge, ordinarily of the same jurisdiction, when assessing whether the "quashing" is or is not tantamount to an acquittal for the purpose of determining whether there is *autrefois acquit*, would have to determine whether his colleague was or was not in error in deciding to quash.

Finally, I have not changed my mind as regards the concurrence I gave to my brother McIntyre in *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493. I have, with respect, no difficulty whatsoever reconciling our Court's decision in *Petersen* with our previous decision in *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597. *Petersen* was dealing with the termination of proceedings at a trial, albeit a summary conviction, while in *Doyle*, the proceedings were terminated at a preliminary inquiry. The latter lacks the required "jeopardy", amongst other differences in nature between the two types of proceedings. Furthermore, in *Petersen*, *supra*, as in the case at bar, the Crown simply ignored the disposition of a case in a court of record and

rien à voir avec celle de modifier ou non, en l'absence de préjudice irréparable.

Ce qui est trompeur en l'espèce, c'est qu'il nous paraît évident, tout comme cela l'était pour la Cour d'appel, que le juge a ordonné l'annulation alors qu'il n'aurait manifestement pas dû le faire, puisqu'une modification n'aurait causé aucun préjudice à l'accusé. Toutefois, ce n'est pas une raison pour permettre à la poursuite de déposer une accusation modifiée lorsque l'accusé a été acquitté, même par erreur. Il peut être interjeté appel de la décision du juge du procès. Si l'on présume qu'il a commis une erreur, la Cour d'appel lui ordonnera d'apporter une modification et d'entendre l'affaire ou modifiera l'accusation elle-même pour ensuite renvoyer le dossier au juge pour qu'il instruise l'accusation modifiée. Même si de toute façon l'accusé finira par subir son procès relativement à l'accusation modifiée, cela ne constitue pas un motif pour minimiser l'importance de l'«annulation» de manière à permettre à la poursuite de déposer à nouveau une accusation modifiée sans se voir opposer une défense spéciale. Lorsqu'un juge ordonne l'annulation en vertu de l'art. 529, cette décision est réputée être sans erreur jusqu'à ce qu'elle soit infirmée par la Cour d'appel. Sinon, au moment d'évaluer si l'«annulation» équivaut à un acquittement aux fins de déterminer s'il y a *autrefois acquit*, il faudrait que le second juge, d'habitude du même ressort que son collègue, détermine si ce dernier a commis une erreur en décidant d'ordonner l'annulation.

En dernier lieu, je n'ai pas changé d'avis en ce qui concerne l'appui que j'ai donné à mon collègue le juge McIntyre dans l'arrêt *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493. Avec égards, je n'ai absolument aucune difficulté à concilier l'arrêt *Petersen* avec l'arrêt antérieur *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597. L'arrêt *Petersen* traitait de la cessation des poursuites au procès, encore qu'il s'agissait d'une déclaration sommaire de culpabilité, alors que, dans l'arrêt *Doyle*, les poursuites avaient pris fin à l'enquête préliminaire. Dans cette dernière affaire, il n'y avait pas l'élément requis de «péril», parmi les autres différences de nature entre les deux genres de poursuites. En outre, dans l'arrêt *Petersen*, précité, comme en l'espèce, le

commenced new proceedings on the same information, alleging the same cause, while leaving the record in the court below unchallenged. I would therefore dismiss this appeal.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. and WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Messner, Foster & Stevens, 100 Mile House.

ministère public n'a simplement pas tenu compte de la décision d'une cour d'archives et a entrepris de nouvelles poursuites aux termes de la même dénonciation, alléguant la même cause, sans contester la décision du tribunal d'instance inférieure. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON et les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Messner, Foster & Stevens, 100 Mile House.

Morton Kolomeir and Nathan Kolomeir
Appellants

v.

Les Industries Providair Inc. *Respondent*
and

Caisse populaire St-Nicholas de Montréal
Intervener

and

Club de Raquette et S.P.A. St-Martin Inc.
Mis en cause

and

The Registrar for the Registration Division of Laval *Mis en cause*

INDEXED AS: INDUSTRIES PROVIDAIR INC. v.
KOLOMEIR

File No.: 19576.

1987: December 15; 1988: June 30.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and
L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Privileges — Workmen's privileges — Leasing of a building to be constructed — Clause in lease providing that lessee had to have a substantial part of the construction work carried out at its own expense — Respondent hired by lessee to carry out its share of the work — Validity of privileges registered by respondent against owner's immovable — Whether agreement between owner and lessee constitutes a construction contract conferring status of a contractor on lessee — Civil Code, arts. 2013e, 2013f.

Appellants signed an "offer to lease" with the mis en cause Club Raquette for premises located in a building to be constructed. Under the offer the lessee, Club Raquette, undertook to carry out and pay for a substantial part of the construction work, including the heating system, air conditioning and plumbing. At the end of the proposed lease, the lessee's improvements were to remain the property of appellants. The lessee hired respondent to carry out the work for which it was responsible and respondent notified appellants accordingly pursuant to the provisions of the *Civil Code*. Not having been paid for the work performed and materials

Morton Kolomeir et Nathan Kolomeir
Appelants

c.

^a **Les Industries Providair Inc.** *Intimée*
et

Caisse populaire St-Nicholas de Montréal
^b *Intervenante*

et

Club de Raquette et S.P.A. St-Martin Inc.
Mise en cause

^c

et

Le registrateur de la division d'enregistrement de Laval *Mis en cause*

^d RÉPERTORIÉ: INDUSTRIES PROVIDAIR INC. c.
KOLOMEIR

N° du greffe: 19576.

1987: 15 décembre; 1988: 30 juin.

^e

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^f

Privilèges — Privilèges ouvriers — Location d'un immeuble à être construit — Clause du bail prévoyant que le locataire devait faire à ses frais une partie importante des travaux de construction — Intimée engagée par le locataire pour effectuer sa part des travaux — Validité des privilèges enregistrés par l'intimée contre l'immeuble du propriétaire — La convention entre le propriétaire et le locataire constitue-t-elle un contrat de construction conférant au locataire le statut d'entrepreneur? — Code civil, art. 2013e, 2013f.

Les appelants ont signé avec la mise en cause Club Raquette une «offre de location» pour un local situé dans un bâtiment à être construit. Selon l'offre, le locataire, Club Raquette, s'engage à effectuer et à défrayer le coût d'une partie importante des travaux de construction, notamment le système de chauffage, la climatisation et la plomberie. À l'expiration du bail proposé, les améliorations du locataire demeureront la propriété des appelants. Le locataire a confié l'exécution des travaux dont il avait la responsabilité à l'intimée et celle-ci en a avisé les appelants conformément aux dispositions du *Code civil*. N'ayant pas été payée pour les travaux exécutés et

supplied, respondent suspended its work and registered two privileges against appellants' immovable, that of sub-contractor and that of supplier of materials. The work was completed by another contractor and, upon completion of the construction, appellants and the lessee signed a lease, which contained essentially the same clauses as the offer to lease. Respondent subsequently brought an action for a declaration of privilege against appellants. The latter maintained that respondent had contracted with a lessee and could therefore not claim a privilege on their immovable. The Superior Court rejected this argument, allowed respondent's action and declared appellants' immovable subject to two privileges. The Court held that this was not a conventional offer to lease and that the lessee was acting as contractor and the respondent as sub-contractor. The majority of the Court of Appeal upheld the judgment.

Held: The appeal should be allowed.

As a general rule, the lessee of an immovable who carries out construction work or makes improvements to the leased premises does not act as a builder and does not bind the owner of the premises to the contractor or sub-contractor. Those who contract with the lessee in such a way therefore cannot claim a privilege on the immovable unless they contract directly with the owner. However, there is nothing to prevent the owner and the lessee from entering into a construction contract either within the lease or in a separate agreement. The agreement between the parties must be analysed in each case in order to determine its nature.

The agreement between the owner and the lessee contains some of the elements of a contract for services: the work is specified, its cost is readily ascertainable, and the lessee has full discretion in choosing the work methods and selecting the labour. However, it cannot be concluded that there was a construction contract and that the lessee had the status of a contractor where there was no claim between the owner and the lessee, which could be interpreted as an undertaking by the owner to pay the price of construction. The existence of such a claim between the owner and the builder is of the very essence of the privilege mechanism provided for in arts. 2013e and 2013f of the *Civil Code*. It is from the construction contract price that the owner will withhold the money needed to pay what is owed by the builder to sub-contractors, suppliers of materials and workmen and so avoid having his building encumbered in favour of those who worked on its construction and improvement. The owner will ultimately benefit from this work in the amount of the additional value so given to the building.

les matériaux fournis, l'intimée a interrompu ses travaux et enregistré deux privilèges sur l'immeuble des appelants, l'un de sous-entrepreneur et l'autre de fournisseur de matériaux. Les travaux ont été complétés par un autre entrepreneur et, à la fin de la construction, les appelants et le locataire ont signé un bail, lequel renfermait essentiellement les mêmes clauses que l'offre de location. L'intimée a par la suite intenté une action sur privilège contre les appelants. Ces derniers ont soutenu que l'intimée avait contracté avec un locataire et ne pouvait donc prétendre à un privilège sur leur immeuble. La Cour supérieure a rejeté cet argument, accueilli l'action de l'intimée et déclaré l'immeuble des appelants grevé de deux privilèges. La Cour a statué qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une offre de bail conventionnel et que le locataire agissait à titre d'entrepreneur et l'intimée à titre de sous-entrepreneur. La Cour d'appel à la majorité a confirmé le jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

En règle générale, le locataire d'un immeuble qui effectue des travaux de construction ou apporte des améliorations aux lieux loués n'agit pas en tant que constructeur et n'engage pas le propriétaire des lieux vis-à-vis l'entrepreneur ou le sous-entrepreneur. Ceux qui contractent ainsi avec le locataire ne peuvent donc prétendre à un privilège sur l'immeuble à moins qu'ils aient contracté directement avec le propriétaire. Rien n'empêche toutefois que le propriétaire et le locataire fassent, à l'intérieur du bail ou par convention distincte, un contrat de construction. Il s'agit dans chaque cas d'analyser la convention des parties pour en déterminer la nature.

On retrouve dans la présente convention entre le propriétaire et le locataire certains des éléments d'un contrat d'entreprise: les travaux y sont définis de manière précise, leur coût est facilement déterminable et le locataire a toute latitude dans le choix des méthodes d'exécution, de même que dans la sélection de la main-d'œuvre. Toutefois, on ne saurait conclure à l'existence d'un contrat de construction, et conférer au locataire le statut d'entrepreneur, en absence de créance entre le propriétaire et le locataire, créance que constitue l'engagement par le propriétaire de payer le prix des travaux de construction. L'existence d'une telle créance entre le propriétaire et le constructeur est de l'essence même du mécanisme des privilèges prévus aux art. 2013e et 2013f du *Code civil*. C'est à même le prix du contrat de construction que le propriétaire pourra retenir les argentés nécessaires pour acquitter les montants dus par le constructeur aux sous-traitants, fournisseurs de matériaux et ouvriers et éviter ainsi que son immeuble soit grevé au profit de ceux qui ont travaillé à sa construc-

There is nothing in the agreement in this case that could constitute the price of the construction contract from which the owner could have paid the workmen's privileges. Since respondent did not establish that, for the work done on appellants' building, it contracted with a contractor acting for the owner within the meaning of arts. 2013e and 2013f of the *Civil Code*, it cannot therefore maintain that it has a privilege over appellants' building.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 984 et seq., 1060, 2013e, 2013f.

Authors Cited

Giroux, Geo.-M. *Le privilège ouvrier*. Montréal: Albert Lévesque, 1933.

Québec. Civil Code Revision Office. *Report on the Contract of Enterprise*. Montréal: Civil Code Revision Office, 1971.

Rousseau-Houle, Thérèse. *Les contrats de construction en droit public et privé*. Montréal: Wilson & Lafleur/SOREJ, 1982.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 538, affirming a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 871, allowing an action for a declaration of privilege. Appeal allowed.

Sydney Sederoff, for the appellants.

Alain-Claude Desforges, for the respondent.

Normand Saint-Amour, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The Quebec Superior Court, [1982] C.S. 871, in a judgment, affirmed by a majority of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 538, declared appellants' immovable subject to two privileges, that of sub-contractor and that of supplier of materials. These privileges were registered by respondent Les Industries Providair Inc., for work performed on appellant's immovable at the request of the lessee Club Raquette et S.P.A. St-Martin Inc. (Club Raquette), the mis en cause herein. (The intervener, Caisse populaire St-Nicholas de Montréal, is

tion ou à son amélioration. Le propriétaire bénéficiera en dernier ressort de ces travaux pour la plus-value ainsi donnée à cet immeuble. En l'espèce, il n'y a rien dans la convention qui pourrait constituer le prix du contrat de construction à même lequel le propriétaire aurait pu acquitter les privilèges ouvriers. Puisque l'intimée n'a pas établi qu'en ce qui a trait aux travaux faits sur l'immeuble des appelants elle a contracté avec un entrepreneur agissant pour le bénéfice du propriétaire au sens des art. 2013e et 2013f du *Code civil*, elle ne saurait donc prétendre à un privilège sur l'immeuble des appelants.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 984 et suiv., 1060, 2013e, 2013f.

Doctrine citée

Giroux, Geo.-M. *Le privilège ouvrier*. Montréal: Albert Lévesque, 1933.

Québec. Office de la révision du Code civil. *Rapport sur le contrat d'entreprise*. Montréal: Office de révision du Code civil, 1971.

Rousseau-Houle, Thérèse. *Les contrats de construction en droit public et privé*. Montréal: Wilson & Lafleur/SOREJ, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 538, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 871, qui a accueilli une action en déclaration de privilège. Pourvoi accueilli.

Sydney Sederoff, pour les appelants.

Alain-Claude Desforges, pour l'intimée.

Normand Saint-Amour, pour l'intervenante.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Par jugement de la Cour supérieure du Québec, [1982] C.S. 871, confirmé majoritairement par la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 538, l'immeuble des appelants a été déclaré grevé de deux privilèges, l'un de sous-entrepreneur et l'autre de fournisseur de matériaux, enregistrés par Les Industries Providair Inc., l'intimée, pour travaux exécutés dans l'immeuble, propriété des appelants, à la demande de Club Raquette et S.P.A. St-Martin Inc. (Club Raquette), mise en cause, locataire de cet immeuble. (L'intervenante, Caisse populaire St-Nicholas

the assignee of all respondent's accounts and claims.)

Appellants (hereinafter generally referred to as "the owner") stated the issue before this Court in the following terms:

Whether a Privilege lies against an immovable property of a Landlord for work done by a Contractor who contracts with a Tenant.

The issue is quite different according to respondent, namely:

[TRANSLATION] Whether a privilege may be registered by a contractor who has done business with a lessee is a question of fact determined by the nature of the contract between the owner-lessor and the lessee.

Respondent did not dispute the fact that, as a general rule, a contractor who contracts with a lessee cannot claim a privilege on the leased immovable. What respondent argued instead was that [TRANSLATION] "in the instant case it is possible to regard the lessee as a contractor, owing primarily to the terms of the lease offer between the latter and the owner". It was this argument that was accepted by both the Superior Court and the Court of Appeal, although for somewhat different reasons.

This leads us to set out the facts of the case and to examine the agreements between the owner and the lessee.

Facts

On December 12, 1979 the owner and the lessee, Club Raquette, signed an [TRANSLATION] "offer to lease . . . premises in a building to be constructed" to be used as an [TRANSLATION] "extension for the Studio de Santé Silhouette and as racquet ball and squash courts". This agreement contains the following clause:

[TRANSLATION] DESCRIPTION:

(F) The Lessee, at its own expense, shall supply, install and maintain an adequate heating and air conditioning system for the said premises as well as any necessary plumbing equipment and fittings and drains. Everything must be approved by the Lessor. The Lessee's improvements shall

de Montréal, est cessionnaire de l'universalité des comptes et créances de l'intimée.)

Les appelants (ci-après généralement appelés «le propriétaire») posent ainsi la question soumise à cette Cour:

[TRADUCTION] Un immeuble peut-il être grevé d'un privilège pour des travaux effectués par un entrepreneur en vertu d'un contrat intervenu avec un locataire?

L'intimée prétend que la question est tout autre:

La question de savoir si un privilège peut être enregistré par un entrepreneur ayant fait affaires avec un locataire est une question de faits, déterminée par la nature du contrat intervenu entre le propriétaire-locateur et le locataire.

L'intimée ne conteste pas le fait qu'en règle générale, l'entrepreneur qui contracte avec un locataire ne peut prétendre à un privilège sur l'immeuble loué. Ce que l'intimée plaide plutôt, c'est qu'en «l'espèce, il est possible d'assimiler le locataire à un entrepreneur en raison, principalement, des termes de l'offre de bail intervenue entre ce dernier et le propriétaire». C'est l'argument qu'ont retenu tant la Cour supérieure que la Cour d'appel quoique pour des motifs quelque peu différents.

Ceci nous amène à exposer les faits de l'affaire et à examiner les conventions intervenues entre le propriétaire et le locataire.

g Les faits

Le 12 décembre 1979, le propriétaire et le locataire, Club Raquette, signent une «offre de location» d'un «local dans une bâtisse à être construite» pour être utilisé comme «extension du Studio de Santé Silhouette et comme court de «racquet ball» et «squash». Cette convention contient la clause suivante:

DESCRIPTION:

F) Le Locataire, à ses propres frais, devra fournir, installer et pourvoir à l'entretien d'un système de chauffage et air climatisé adéquats pour lesdits lieux ainsi que tout équipement de plomberie et accessoires et égouts nécessaire. Tout doit être approuvé par le Locateur. Les améliorations du

remain the property of the Lessor when the lease expires.

The term of the proposed lease is twenty years [TRANSLATION] "beginning sixty days from the date of completion of the work determined by the Lessor's architect but no later than June 1, 1980". The rent [TRANSLATION] "shall be net to the Lessor" for a set price and other conditions. The other relevant clauses read as follows:

[TRANSLATION] FINISHING AT THE LESSEE'S EXPENSE

Interior finishing of the premises, except what has already been described. All finishing, alterations or repairs done or made by the LESSEE shall be completed pursuant to the plans and specifications approved by the LESSOR and in accordance with the National Building Code, the Building Code of the City of Laval and the Code of the Régie du Travail du Québec. When the lease expires, all alterations or repairs made by the LESSEE, both movable and immovable, shall become the property of the LESSOR without any charge to the LESSOR or, at the LESSOR's option, the LESSEE shall remove all of the LESSEE's improvements which the LESSOR asks it to remove, and the LESSEE shall at its own expense restore the premises to the condition they were in when the lease was signed.

J: When the lease expires, all alterations, repairs and installations, including the air conditioning and heating system, done or made by the LESSEE, both movable and immovable, except the equipment and furniture common to this business, shall become the property of the LESSOR or, at the latter's option, upon written request to the LESSEE, the LESSEE shall at its own expense restore the premises to the condition they were in when the lease was signed.

4. The undersigned Henri Girard guarantees jointly and severally with the Studio de Santé Silhouette de Chomedey Ltée all obligations of this offer and waives the benefits of division and discussion. When the LESSEE takes possession of the new leased premises, and we receive a RELEASE establishing that the building constructed on the LESSOR's land has been paid for, and is free and clear of all debts, privileges and liens, the building shall be sold to the LESSOR for the sum of \$1.00 by notarial deed, we shall then remove the personal guarantee of Henri Girard and Silhouette shall remain solely liable for the lease and its terms and conditions.

Locataire restent la propriété du Locateur à l'expiration du bail.

Le terme du bail proposé est de 20 ans «à compter de 60 jours de la date de termination (*sic*) des travaux, fixée par l'architecte du Locateur mais plutôt (*sic*) le 1 juin 1980». Le loyer «sera net au Locateur» pour un prix déterminé et autres conditions. Les autres clauses pertinentes se lisent comme suit:

FINITION AUX FRAIS DU LOCATAIRE

Finition intérieure du local, excepté ce qui est déjà décrit. Toutes finitions, modifications ou réparations faites par le LOCATAIRE devront être complétées en conformité avec les plans et devis approuvés par le LOCATEUR et en conformité d'après le Code de Construction National, le Code de Construction de la Ville de Laval, et le Code de la Régie du Travail du Québec. A l'expiration du bail, toutes les modifications ou réparations effectuées par le LOCATAIRE, tant immobilières (*sic*) qu'immobilières deviendront la propriété du LOCATEUR sans aucunes charges (*sic*) au LOCATEUR ou à l'option du LOCATEUR, le LOCATAIRE devra enlever toutes améliorations du LOCATAIRE que le LOCATEUR lui demandera d'enlever, et le LOCATAIRE devra à ses frais remettre le local dans l'état où il était à la signature du Bail.

J: A l'expiration du bail, toutes les modifications, réparations et installations incluant le système d'air climatisé et de chauffage effectués (*sic*) par le LOCATAIRE tant mobilières qu'immobilières excepté l'équipement et ameublement commun à ce commerce, deviendront la propriété du LOCATEUR ou à l'option de ce dernier par demande écrite à l'endroit du LOCATAIRE, le LOCATAIRE devra à ses frais remettre le local dans l'état où il était à la signature du bail.

4. Le soussigné Henri Girard garantit conjointement et solidairement avec le Studio de Santé Silhouette de Chomedey Ltée, toutes les obligations de cette offre et renonce aux bénéfices de division et discussion. Quand le LOCATAIRE prendra possession du nouveau local loué, et que nous recevrons une MAIN-LEVÉE démontrant que la bâtisse construite sur le terrain du LOCATEUR est payée, et claire et nette de toutes dettes, privilèges et liens, la bâtisse sera vendue au LOCATEUR pour la somme de \$1.00 par acte notarié, nous enlèverons alors la garantie personnelle de Henri Girard et Silhouette demeurera le seul responsable du bail et de ses conditions.

An addendum to this "offer to lease", entitled [TRANSLATION] "Terms and Conditions for Lease of Additional Premises" and signed on the same day, reads as follows:

[TRANSLATION]

SITE —Behind the existing Silhouette and behind the new extension which will be built for Silhouette.

AREA —110 linear feet east-west (width) by 80 linear feet north-south (depth) or 8800 square feet in area.

TERM OF LEASE—20 years.

RENT —After the building is completed by Silhouette and transferred to Trans-Provincial and/or M & N KOLOMEIR for the sum of \$1.00 by notarial deed, the rent shall be included in the price of \$33,750.00 net/net/net with all clauses and obligations stipulated in this offer. (See page 1 TERM OF RENT.)

SPECIAL CONDITIONS

A— —The LESSEE, at its own expense, shall construct on it a building used solely as an extension to the existing Silhouette and as racquet ball and squash courts, including any opening required between the original building, the new building constructed by us and the one constructed by Silhouette shall be constructed at Silhouette's expense.

B— —All plans and specifications shall be approved by the City of Laval or any other construction authority and by the LESSOR.

C— —The building shall be paid for in full by the LESSEE before it assumes possession thereof or the LESSEE shall have in its possession a RELEASE showing that the said building is free and clear of all debts, privileges and liens.

D— —Before beginning construction, the LESSEE shall file with the LESSOR an irrevocable bank letter of credit or any other form of security approved by the LESSOR for an amount equal

Un addendum à cette «offre de location» intitulé «Termes et conditions pour location de lieux additionnels» intervenu le même jour, se lit comme suit:

EMPLACEMENT

DE TERRAIN —A l'arrière du présent Silhouette existant et à l'arrière du nouvel aggrandissement (*sic*) qui sera construit pour Silhouette.

SUPERFICIE —110 pi. linéaires est-ouest (largeur) par 80 pi. linéaires nord-sud (profondeur) ou 8800 pi.ca. de superficie.

DURÉE DE BAIL—20 ans.

LOYER —Après que la bâtisse sera complétée par Silhouette et transférée à Trans-Provincial et/ou M & N KOLOMEIR pour la somme de \$1.00 par acte notarié, le loyer sera inclus dans le prix de \$33,750.00 net/net/net avec toutes les clauses et obligations stipulées dans cette offre. (Voir page 1 TERME DE LOYER)

CONDITIONS SPÉCIALES

A— —Le LOCATAIRE, à ses propres frais et charges y construira une bâtisse utilisée aux seules fins d'agrandissement du présent Silhouette existant et comme cours (*sic*) de Racquet Ball & Squash, y compris toute ouverture nécessitée entre la bâtisse originale, la nouvelle bâtisse construite par nous, et celle construite par Silhouette, sera faite aux frais et charges de Silhouette.

B— —Tous les plans, devis et spécifications devront être approuvés par la Ville de Laval ou toute autre autorité en construction ainsi que par le BAILLEUR.

C— —La bâtisse devra être payée au complet par le LOCATAIRE avant d'en prendre possession, ou le LOCATAIRE devra avoir en main une MAIN-LEVÉE démontrant que la dite bâtisse est claire et nette de toutes dette, privilèges et liens.

D— —Avant de débiter la construction, le LOCATAIRE doit déposer avec le BAILLEUR une lettre de Crédit de Banque irrévocable ou tout autre moyen de garantie approuvé par le

to the price for constructing the said building, including air conditioning, heating equipment and fittings, plumbing, drains, electricity and gas, and the LESSOR, upon the instructions ^a of the LESSEE and with the approval of the LESSOR's architect, shall have the right to withdraw funds against this Letter of Credit to make the following payments on behalf of the LESSEE: ^b

- 1 — To the builders and sub-contractors
- 2 — All labour ^c
- 3 — To pay for building materials

E— —When the construction has been completely finished and fully paid for, and is free and clear of all debts, privileges and liens, Silhouette and Henri Girard shall then sell the said building including the heating, air conditioning and plumbing systems for the sum of \$1.00 by notarial deed ^d to M & N KOLOMEIR and the said building shall then become the property of the LESSOR and part of the leased premises. ^e

F— —All parking lots considered necessary ^f by the LESSOR behind the existing building and behind and beside the new extension shall be constructed at the LESSEE's expense. The parking lots shall be completed by June 1, 1980. ^g

SPECIAL NOTE—All plans and specifications, land verifications, subdivision changes, site plans, location plans, etc. shall be at the LESSEE's expense and must be approved by the LESSOR. ^h

—All operating costs of the said building constructed by Silhouette and the building constructed by Trans-Provincial for Silhouette shall be borne entirely by Henri Girard and Silhouette and the LESSOR of the land ⁱ shall at no time have to pay these costs. ^j

BAILLEUR, pour un montant égal au prix de la construction de la dite bâtisse, comprenant, Air climatisé, les équipements et accessoires de chauffage, plomberie, égouts (*sic*), électricité et gaz, et le BAILLEUR sous les instructions du LOCATAIRE et l'approbation de l'architecte du BAILLEUR aura le droit de retirer les fonds contre cette Lettre de Crédit pour faire les paiements suivants au nom du LOCATAIRE:

- 1 — Aux Constructeurs et sous-Constructeurs
- 2 — Toute Main-d'Oeuvre
- 3 — Pour payer les matériaux de construction

E— —Quand la construction sera complètement finie et complètement payée, et claire et nette de toutes dettes, privilèges et liens, Silhouette et Henri Girard vendra (*sic*) alors la dite bâtisse y compris le système de chauffage, air climatisé, de leau (*sic*) etc. pour la somme de \$1.00 par acte notarié à M & N KOLOMEIR et la dite bâtisse deviendra alors la propriété du BAILLEUR et une partie des lieux loués.

F— —Toute construction de terrains de stationnement jugée nécessaire par le BAILLEUR à l'arrière de la bâtisse déjà existante ainsi qu'à l'arrière et à côté du nouvel agrandissement sera construite aux frais et charges du LOCATAIRE. Les terrains de stationnement doit (*sic*) être compléter (*sic*) le 1 juin 1980.

NOTE SPÉCIALE—Tout (*sic*) plans et devis, vérifications de la terre, tout changement de subdivisions, plans du site, plan de location, etc., seront aux frais du LOCATAIRE et devront être approuvés par le BAILLEUR.

—Tous les coûts d'opération de la dite bâtisse construite par Silhouette ainsi que la bâtisse construite par Trans-Provincial pour Silhouette seront entièrement aux frais de Henri Girard et de Silhouette et en aucun temps le BAILLEUR du terrain n'aura à déboursier pour ces coûts.

—The existing lease shall be amended to extend the term to 20 years as above.

LEASE

—This land and the building constructed thereon as described herein shall be leased to the LESSEE as an integral part and forming part of the leases between the parties (Lessor or its assigns) for the existing premises and the new extension, subject to the same terms and conditions that apply. The rights of the LESSOR under any leases between the parties (the Lessor or its assigns) may be exercised at the same time and against all premises leased under the said leases. Any defects in each lease shall be regarded as defects in the other leases.

If the assessors for the City of Laval refuse to make a separate assessment of the new extension (approx. 14,730 sq. ft.), plus the land of which the building forms a part and which is occupied by the LESSEE, the LESSOR shall hire a private assessor to assess the said building at the LESSEE's expense.

I the undersigned Henri Girard guarantee jointly and severally with Studio de Santé Silhouette de Chomedey Ltée all the above obligations and renounce the benefits of division and discussion.

Respondent's tender to Club Raquette for the work or part thereof which the latter had undertaken to carry out under the terms of the "offer to lease" was submitted on June 9, 1980 and approved on June 16, 1980. The work began in August 1980 and was suspended in late September or early October 1980, on default of payment. Negotiations, with respect to this matter, took place but without result and respondent registered its privilege on March 9, 1981. The work seems to have been completed by another contractor.

On February 16, 1981, after the buildings had been constructed and the work for which respondent registered its privilege had been carried out, the owner and the lessee signed a notarial lease for the premises, including those described in the

—Le Bail existante (*sic*) sera amender (*sic*) pour prolonger le terme à 20 ans comme ci-haut.

BAIL

—Ce terrain et la bâtisse construite sur ce dit terrain comme décrit dans les présentes, sera loué (*sic*) au LOCATAIRE comme partie intégrale et faisant partie des baux entre les parties (Locateur ou ses ayant droits (*sic*)) pour le local existant et le nouveau local d'extention (*sic*), et sujet aux mêmes termes et conditions qui s'appliquent. Les droits du LOCATEUR qui découlent de tous baux entre les parties (Le Locateur ou ses ayants droits (*sic*)) peuvent être exercés en même temps et contre tous les lieux loués en vertu des dits baux. Tous défauts dans chaque bail sera considéré (*sic*) comme défaut dans les autres baux.

Si les évaluateurs pour la Ville de Laval refusaient de faire une évaluation séparée de la nouvelle extention (*sic*) (approx. 14,730 pi. ca.), plus le terrain dont la bâtisse forme une partie, et qui est occupée par le LOCATAIRE, le LOCATEUR engagerait aux frais du LOCATAIRE un évaluateur privé pour faire l'évaluation (*sic*) de la dite bâtisse.

Le soussigné (*sic*) Henri Girard, garantit conjointement et solidairement avec le Studio de Santé Silhouette de Chomedey Ltée toutes les obligations ci-haut et renonce aux benefices (*sic*) de division et discussion.

La soumission de l'intimée à Club Raquette pour les travaux ou partie d'iceux que cette dernière s'était engagée à effectuer aux termes de «l'offre de location» fut présentée le 9 juin 1980 et approuvée le 16 juin 1980. Les travaux ont débuté au mois d'août 1980 pour être interrompus fin septembre début octobre 1980, faute de paiement. Des négociations ont eu lieu à ce sujet qui n'ont pas eu de résultat et l'intimée a enregistré son privilège le 9 mars 1981. Les travaux ont, semblait-il, été complétés par un autre entrepreneur.

Le 16 février 1981, soit après la construction des bâtisses et l'exécution des travaux pour lesquels l'intimée a enregistré son privilège, intervient entre le propriétaire et le locataire un bail notarié pour la totalité des lieux, incluant ceux décrits à l'ad-

addendum. The lease, while it incorporated most of the clauses of the "offer to lease", did not include the clause relating to the bank letter of credit provided for in the addendum (and reproduced earlier) because the work provided for in it had been carried out previously. The lease also did not include clause 4 of the offer to lease (reproduced under the heading "Rent" in the addendum).

This lease took effect [TRANSLATION] "as of September 1, 1980" and states that the lessee was in possession from December 12, 1979. Under the clause entitled [TRANSLATION] "Price" the rent is described as follows:

[TRANSLATION] P R I C E:

Moreover, this lease is made for and in consideration of payment of "net net net" rent of the sum of SIX HUNDRED AND SEVENTY-FIVE THOUSAND CANADIAN DOLLARS (\$675,000.00), based on a cost of \$2.29228 per square foot plus fifty per cent (50%) of the cost of living increase as established hereinafter, payable as follows:

(a) TWO THOUSAND EIGHT HUNDRED AND TWELVE DOLLARS AND FIFTY CENTS (\$2,812.50) per month from the first of November nineteen hundred and eighty (1980) for a period of TWENTY-FOUR (24) MONTHS;

(b) TWO THOUSAND EIGHT HUNDRED AND TWELVE DOLLARS AND FIFTY CENTS (\$2,812.50) per month increased by fifty per cent (50%) of the cumulative percentage increase in the cost of living as established by Statistics Canada or any other recognized authority during the first TWO (2) years of the lease, from the first of September nineteen hundred and eighty-two (1982) for a period of TWENTY-FOUR (24) MONTHS;

(c) The base rent for the TWO (2) preceding YEARS as established under (b) increased in the same manner for the following period of TWENTY-FOUR (24) MONTHS and so on every TWO (2) YEARS until the end of the said lease;

(d) In addition, for the TWELVE (12) MONTHS between April 1, 1981 and March 31, 1982, an additional rent of \$3,411.49 per month representing the total of the arrears plus construction costs (materials and labour) owed to the Lessor shall be payable to the latter on the first day of each month.

Clauses 5 and 12 of the lease should also be reproduced:

dendum. Le bail reprend la plupart des clauses de «l'offre de location» mais non celle ayant trait à la lettre de crédit de banque prévue à l'addendum que j'ai reproduit plus haut (ce qui se comprend puisque les travaux y prévus avaient été préalablement exécutés) non plus que la clause 4 de l'offre de location reprise sous la rubrique «loyer» dans l'addendum.

Ce bail prend effet «à partir du 1^{er} septembre 1980», et précise que le locataire est déjà en possession depuis le 12 décembre 1979. Sous la clause intitulée «Prix» le loyer est ainsi décrit:

P R I X :

Le présent bail est en outre fait pour et moyennant le paiement d'un loyer «net net net» s'élevant à la somme de SIX CENT SOIXANTE-QUINZE MILLE DOLLARS CANADIENS (\$675,000.00), basé sur un coût de \$2.29228 le pied carré plus cinquante pour cent (50%) de l'augmentation du coût de la vie tel qu'établi ci-après, payable comme suit:

a) DEUX MILLE HUIT CENT DOUZE DOLLARS ET CINQUANTE CENTS (\$2,812.50) par mois à compter du premier novembre—mil neuf cent quatre-vingt (sic) (1980) et ce pour une période de VINGT-QUATRE (24) MOIS;

b) DEUX MILLE HUIT CENT DOUZE DOLLARS ET CINQUANTE CENTS (\$2,812.50) par mois majoré de cinquante pour cent (50%) du pourcentage d'augmentation cumulative du coût de la vie tel qu'établi par Statistiques Canada ou toute autre autorité reconnue pendant les DEUX (2) premières années du bail, du premier septembre mil neuf cent quatre-vingt-deux (1982) pour une période de VINGT-QUATRE (24) MOIS;

c) Le loyer de base des DEUX (2) ANNÉES précédentes tel qu'établi en «b» majoré de la même façon pour la période de VINGT-QUATRE (24) MOIS suivante et ainsi de suite à tous les DEUX (2) ANS jusqu'au terme dudit bail;

d) De plus, pour les DOUZE (12) MOIS compris entre le 1^{er} avril 1981 et le 31 mars 1982, un loyer additionnel de \$ 3,411.49 par mois représentant le total des arrérages plus les coûts de construction (matériel et main d'œuvre) dus au locateur seront payables à ce dernier le 1^{er} jour de chaque mois.

Les clauses 5 et 12 du bail méritent aussi d'être reproduites:

[TRANSLATION]

5. — Any improvements made to the building, its structure or the surrounding land that would be likely to become immovable by nature or by destination shall be paid for by the Lessee, and the Lessee shall ensure that no privilege of sub-contractors or workmen or others is registered against the immovable remaining the property of the Lessor, and the Lessee undertakes to take up the cause of the latter with respect to any such privilege that is thus registered. At the time of such work, the Lessee undertakes to obtain the usual renunciations of privileges from the sub-contractors, workmen or others;

12. — . . . The Lessee shall, at the end of the lease or renewals, restore the premises currently leased to the condition they were in when it occupied them; any movable or immovable improvements made by the Lessee, including heating and air conditioning equipment installed by it, shall become the property of the Lessor wholly or in part, as it wishes, unless the Lessor, by notice in writing to the Lessee, requires the latter to restore the premises to the condition they were in at the time of assumption of possession of the said premises, at no cost to the Lessor;

These are essentially the relevant facts arising from the evidence.

Submissions

Appellants argued solely in law and submitted, relying on the authorities, that a contractor who contracts with a lessee cannot claim a privilege on the leased property.

Respondent for its part stressed factors likely to show that the lessee acted here as a contractor. These factors all pertain to the "offer to lease", in particular to the extent of the work and to the lessee's undertaking to carry it out, to the surrender of ownership without compensation at the expiry of the lease, to the obtaining of an irrevocable letter of credit in favour of the owner to cover the cost of this work, and to the notification of the owner of the existence of the contract in due course. Respondent also emphasized the owner's authorization, knowledge and approval of the work, and his involvement in preparing the plans and specifications, in carrying out the work and in negotiating payment.

5. — Toutes améliorations apportées à la bâtisse, à sa structure ou au terrain l'environnant et qui seraient susceptibles de devenir immeuble par nature ou par destination seront supportées par le locataire qui devra veiller à ce qu'aucun privilège de sous-contractants ou d'ouvriers ou autres soit enregistré contre l'immeuble demeurant la propriété du locateur et il s'engage à prendre fait et cause pour ce dernier relativement à tout tel privilège qui sera ainsi enregistré. Lors de tels travaux, le locataire s'engage à obtenir des sous-contractants, ouvriers ou autres les renonciations aux privilèges habituelles (*sic*);

12.— . . . Le locataire devra, à la fin du bail ou renouvellements, remettre les locaux présentement loués dans l'état où ils étaient lors de son occupation; toute amélioration meuble ou immeuble effectuée par le locataire, incluant les équipements de chauffage et de climatisation installés par ce dernier, deviendra la propriété en tout ou en partie, selon son désir, du locateur à moins que ce dernier, par avis écrit au locataire, exige de ce dernier qu'il remette les lieux dans l'état où ils étaient à la date de la prise de possession dudit local, sans aucun frais pour le locateur;

Ce sont là essentiellement les faits pertinents que révèle la preuve.

Les arguments

Les appelants argumentent uniquement en droit et invoquent, doctrine et jurisprudence à l'appui, qu'un entrepreneur qui contracte avec un locataire ne saurait prétendre à un privilège sur l'immeuble loué.

L'intimée pour sa part fait valoir les éléments susceptibles d'assimiler ici le locataire à un entrepreneur, éléments qui tous ont trait à «l'offre de location», notamment l'ampleur des travaux, l'engagement du locataire à les effectuer, à en rendre la propriété sans indemnité à l'expiration du bail et à souscrire une lettre de crédit irrévocable en faveur du propriétaire pour couvrir le coût de ces travaux ainsi que la dénonciation du contrat au propriétaire en temps utile. L'intimée souligne en outre l'autorisation, la connaissance et l'approbation de ces travaux par le propriétaire ainsi que sa participation tant dans la confection des plans et devis que dans la réalisation des travaux et les négociations relatives au paiement de leur coût.

Judgments

The Superior Court drew the following findings of fact from the evidence and, in particular, from the agreements between the owner and the lessee:

- The lessee's firm commitment to carry out large-scale work and improvements, the vast majority of which was immovable by nature.
- The lessee's undertaking to "ensure that no privilege of sub-contractors . . . is registered against the immovable" and to obtain "the usual renunciations of privileges from the sub-contractors" found in clause 5 of the notarial lease reproduced above.
- The potential benefit to the owner who could retain the work without compensation on the expiry of the lease.
- Consent, approval and involvement of the owner [TRANSLATION] "both in this construction and in the negotiations regarding terms of payment" of respondent.
- The notice to the owner in due time which [TRANSLATION] "contained all the essential elements" required.
- The additional value given to the immovable fixed in the amount of \$39,353.20.

On the basis of these findings of fact, the Superior Court judge held that [TRANSLATION] "this was not a conventional offer to lease" and concluded that the lessee was acting as contractor and the respondent as sub-contractor. He wondered whether it should not be found, in accordance with *Giroux*, that the lessee enjoyed [TRANSLATION] "a temporary real right in the immovable" (*Le privilège ouvrier* (1933), at p. 196). He allowed the action for a declaration of privilege in the amount of \$39,353.20.

The majority of the Court of Appeal upheld the judgment, but without adopting all the reasons.

McCarthy J.A., in clear and concise reasons for judgment in which Monet J.A. concurred, did not question the trial judge's findings of fact regarding

Les jugements

La Cour supérieure a tiré de la preuve et en particulier des conventions intervenues entre le propriétaire et le locataire les conclusions de fait suivantes:

- L'engagement ferme du locataire d'effectuer des travaux et améliorations de grande envergure, travaux en très grande majorité de nature immobilière.
- L'engagement du locataire à «veiller à ce qu'aucun privilège de sous-contractant [. . .] ne soit enregistré contre l'immeuble» et à obtenir «des sous-contractants [. . .] les renoncations aux privilèges habituels» qui se retrouve à la clause 5 du bail notarié reproduit plus haut.
- Le bénéfice éventuel du propriétaire qui pourrait retenir les travaux à l'expiration du bail sans indemnité.
- Le consentement, l'approbation et la participation du propriétaire «tant à ces constructions que lors des négociations sur les modalités de paiement» de l'intimée.
- L'avis au propriétaire en temps utile qui «comportait tous les éléments essentiels» requis.
- La plus-value apportée à l'immeuble fixée à 39 353,20 \$.

À partir de ces conclusions de fait, le juge de la Cour supérieure a déterminé «qu'il ne s'agissait point d'une offre de bail conventionnel» et en a conclu que le locataire agissait à titre d'entrepreneur et l'intimée à titre de sous-entrepreneur. Il s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de conclure, à l'instar de *Giroux*, que le locataire jouissait ici d'un droit réel temporaire dans l'immeuble» (*Le privilège ouvrier* (1933), à la p. 196). Il a accueilli l'action en déclaration de privilège pour le montant de 39 353,20 \$.

La Cour d'appel à la majorité a confirmé le jugement sans pour autant en adopter tous les motifs.

Le juge McCarthy, avec l'accord du juge Monet, n'a pas remis en cause les conclusions de fait du premier juge quant à la nature de la

the nature of the agreement between the owner and the lessee, at p. 551:

The accepted offer to lease provided that the Kolomeirs and SPA would become, respectively, lessors and lessee of the new premises. It also provided that SPA would install the heating, air conditioning and plumbing systems. In other words, the accepted offer to lease included a construction contract, with the Kolomeirs being the owners and SPA the contractor. Obviously, the rental to be payable by SPA as lessee took into account the fact that it was responsible, partly if not completely, for the construction of the premises to be leased to it.

It follows that the two contracts between SPA and Providair were sub-contracts, with Providair being supplier of materials in one and sub-contractor in the other. It also follows that, subject to the provisions of articles 2013 *et seq.* C.C., Providair can claim a privilege on the immovable.

Nichols J.A., dissenting, was instead of the view that [TRANSLATION] "the lease under consideration does not contain the elements of a contract for services. The work is not specified. Its cost is not assessed in any way" (p. 544). Given these premises, Nichols J.A. undertook in a thorough opinion which canvassed the authorities to demonstrate that a sub-contractor who does not contract, either with the owner or the builder but rather solely with a lessee, could not claim a privilege on the leased property.

Analysis

Although the point raised by appellants may be of great interest, it is clear that the issue, both here and in the dissenting opinion of Nichols J.A., was concerned only with the characterization of the agreements between the owner and the lessee. If respondent contracted with the builder, as the Superior Court and a majority of the Court of Appeal found, its right to a privilege as a sub-contractor and supplier of materials is beyond dispute under arts. 2013e and 2013f C.C.L.C. subject to the notice provided for therein. Only if this were not the case would the issue have to be dealt with in the terms proposed by appellants, and discussed more particularly by Nichols J.A.

convention intervenue entre le propriétaire et le locataire dans l'exposé clair et succinct de ses motifs (à la p. 551):

[TRADUCTION] L'offre de location acceptée prévoyait que les Kolomeir et SPA deviendraient respectivement locateurs et locataire des nouveaux locaux. Elle prévoyait également que SPA installerait le chauffage, la climatisation et la plomberie. Autrement dit, l'offre de location acceptée comprenait un contrat de construction, les Kolomeir étant les propriétaires et SPA étant l'entrepreneur. Évidemment le loyer que SPA devait payer à titre de locataire tenait compte du fait qu'elle était responsable, en partie sinon en totalité, de la construction des bâtiments dont elle serait locataire.

Il en résulte que les deux contrats intervenus entre SPA et Providair étaient des contrats de sous-traitance, Providair étant fournisseur de matériaux dans l'un et sous-entrepreneur dans l'autre. Il en résulte également que, sous réserve des dispositions des art. 2013 et suiv. C.c.B.-C., Providair peut prétendre à un privilège sur l'immeuble.

Le juge Nichols, dissident, considère au contraire que «le bail sous étude ne contient pas les éléments d'un contrat d'entreprise. Les travaux ne sont pas définis de manière précise. Leur coût ne fait l'objet d'aucune évaluation» (p. 544). Ces prémisses posées, le juge Nichols, dans une opinion fouillée dans laquelle il analyse doctrine et jurisprudence, s'emploie à démontrer qu'un sous-entrepreneur qui ne contracte ni avec le propriétaire ni avec le constructeur, mais uniquement avec un locataire, ne saurait prétendre à un privilège sur l'immeuble loué.

Analyse

Malgré tout l'intérêt de la question que soulèvent les appelants, il est clair que le débat tel qu'engagé ici ainsi que la dissidence du juge Nichols ne portent que sur la qualification des conventions intervenues entre le propriétaire et le locataire. Si, comme la Cour supérieure et la majorité de la Cour d'appel l'ont déterminé, l'intimée a contracté avec le constructeur, son droit à un privilège de sous-entrepreneur et de fournisseur de matériaux est incontestable aux termes des art. 2013e et 2013f C.c.B.-C. sujet à l'avis y prévu. Au cas contraire seulement le débat devra-t-il être porté sur le plan que nous proposons les appelants et dont traite plus particulièrement le juge Nichols.

Respondent, to succeed, given the uncontested fact that it had not contracted with the owner of the leased premises, had to establish that it had contracted with the builder for the work for which it registered a privilege.

As a general rule, the lessee of an immovable who, for his own benefit, carries out construction work or makes improvements to the leased premises does not act as a builder and does not bind the owner of the premises to the contractor or subcontractor. Those who contract with the lessee in such a way cannot claim a privilege on the immovable unless they contract directly with the owner. It is the contractor's responsibility to make sure that the lessee is able to meet the cost of the work done at its request and on its behalf.

However, nothing beyond the "conventional" lease, to use the trial judge's expression, prevents the owner and the lessee from entering into a construction contract either within the lease or in a separate agreement. The agreement between the parties is binding and there is no legal provision prohibiting such agreements. The agreement between the parties must therefore be analysed in each case in order to determine its nature.

Does a construction contract exist in the present circumstances?

Preliminary Remarks

Before moving on to this issue, one preliminary remark should be made. Both the Superior Court and respondent seem to characterize the agreement between the owner and the lessee on the following factors: the nature and extent of the work undertaken by the lessee, the authorization and approval of the owner, as well as his knowledge of and involvement in the work and his retention of the work without compensation at the expiry of the lease and, finally, the notice sent to the owner by the supplier of materials.

None of these factors, either individually or jointly, could *per se* be conclusive in this regard. When a lessee, in a "conventional" lease, under-

Pour pouvoir réussir, l'intimée devait établir qu'elle a contracté avec le constructeur pour les travaux pour lesquels elle a enregistré un privilège, étant acquis qu'elle n'a pas contracté avec le propriétaire des lieux loués.

En règle générale, le locataire d'un immeuble qui, pour son propre compte, effectue des travaux de construction ou apporte des améliorations aux lieux loués n'agit pas en tant que constructeur et n'engage pas le propriétaire des lieux vis-à-vis l'entrepreneur ou le sous-entrepreneur. Ceux qui contractent ainsi avec le locataire ne peuvent prétendre à un privilège sur tel immeuble à moins qu'ils aient contracté directement avec le propriétaire. Il leur appartient plutôt de s'assurer de la solvabilité du locataire pour le coût des travaux ainsi effectués à la réquisition et pour le compte de ce dernier.

Rien n'empêche cependant le propriétaire et le locataire, outre le bail «conventionnel» pour employer l'expression du premier juge, de faire, à l'intérieur du bail, ou par convention distincte, un contrat de construction. La convention des parties fait loi et il n'existe aucune disposition légale qui interdise de telles ententes. Il s'agit donc dans chaque cas d'analyser la convention des parties pour en déterminer la nature.

Y a-t-il ici contrat de construction?

Remarques préliminaires

Avant de passer à cette étape, une remarque préliminaire me paraît nécessaire. Tant la Cour supérieure que l'intimée semblent faire reposer la qualification de la convention intervenue entre le propriétaire et le locataire sur les éléments suivants de la convention: la nature et l'ampleur des travaux entrepris par le locataire, l'autorisation et l'approbation du propriétaire ainsi que sa connaissance et sa participation aux travaux, la rétention des travaux par le propriétaire sans indemnité à la fin du bail et finalement l'avis transmis au propriétaire par le fournisseur de matériaux.

J'estime que ni l'un ni l'autre de ces éléments, pris individuellement ou non, ne saurait en soi être déterminant à cet égard. En effet, lorsqu'un loca-

takes to do work on leased premises, of whatever scale, it is not unusual and is entirely legitimate for the lease to contain a description of the work, an obligation to obtain prior approval of the plans and specifications from the lessor — which implies his knowledge and approval of the work — and the clause — which I would describe as usual — providing for the lessor's right to retain such work, at his option, on the expiry of the lease. The facts that the owner visits the work site and is involved himself and that the supplier of materials or the workman has notified the owner of the contract and of the materials and labour supplied are irrelevant. None of these elements *per se* could turn a simple lease into a construction contract. Nothing prevents against the inclusion of any one or all of these clauses in a lease.

All these factors, while irrelevant *per se* in determining the nature of the agreement between an owner and a lessee may, however, be useful to confirm or negate the true nature of the agreement between the parties.

There is no doubt that the owner intended to lease to the lessee a building to be constructed by the lessee at its expense on the lessor's land as well as another adjacent building to be constructed by the owner but to which the lessee was to make immovable improvements at its expense. This is the gist of the "offer to lease" signed between them on December 12, 1979. It specifies the rent and the term in addition to other terms and conditions of a lease.

The issue, however, is whether the parties to that lease agreed to enter into a construction contract, regardless of what they called it.

Construction Contract

A construction contract is subject to the ordinary rules of contract: capacity to contract, lawful object, cause or consideration and a meeting of the minds are the essential components (arts. 984 et

taire, dans un bail dit «conventionnel» s'engage à faire des travaux dans les lieux loués, de quelque envergure soient-ils, il ne sera pas rare et il est tout à fait légitime que se retrouvent au bail une description des travaux, l'obligation d'obtenir du locateur l'approbation préalable des plans et devis, ce qui implique sa connaissance et son approbation des travaux ainsi que la clause que je qualifierais d'usuelle, prévoyant le droit du locateur de retenir tels travaux, à son choix, à l'expiration du bail. De même n'est pas pertinent, le fait que le propriétaire visite les travaux et y participe et que le fournisseur de matériaux ou l'ouvrier donnent avis au propriétaire du contrat ainsi que des matériaux et main-d'œuvre fournis. En soi, tous et chacun de ces éléments ne sauraient faire d'un bail pur et simple un contrat de construction. Rien ne s'oppose en effet à ce qu'un bail contienne l'une ou l'autre ou l'ensemble de ces clauses.

Tous ces facteurs, sans pertinence en soi lorsqu'il s'agit de déterminer la nature de la convention entre propriétaire et locataire, peuvent toutefois servir d'indices de nature à confirmer ou à infirmer la véritable nature de la convention des parties.

Il ne fait pas de doute ici que le propriétaire a entendu louer au locataire un immeuble qui serait construit par le locataire à ses frais sur le terrain du locateur ainsi qu'un autre immeuble adjacent devant être construit par le propriétaire mais auquel le locataire devait, à ses frais, faire des améliorations de nature immobilière. C'est la teneur de «l'offre de location» acceptée intervenue entre eux le 12 décembre 1979. Le loyer et le terme y sont déterminés ainsi que les autres conditions d'un bail.

La question est cependant de savoir si les parties ont, à l'intérieur de ce bail, entendu se lier par un contrat de construction, peu importe par ailleurs le titre dont elles ont coiffé ce contrat.

Le contrat de construction

Le contrat de construction ne déroge pas aux règles ordinaires du contrat: capacité de contracter, objet licite, cause ou considération et accord des volontés en sont les composantes essentielles

seq. C.C.L.C.) No one disputes that all these elements of a contract are found here.

A construction contract, is defined as a [TRANSLATION] “bilateral and reciprocal” contract whereby one of the parties, the contractor, undertakes to carry out work described therein on behalf of the other party, for a determinate or ascertainable price (art. 1060 *C.C.L.C.*) (Giroux, *op. cit.*; Thérèse Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public et privé* (1982)).

As Nichols J.A. points out in his dissenting opinion, the [TRANSLATION] “main attribute [of a contract for services] consists in the contractor’s independence, particularly in the choice of work methods, and in the selection he makes of the labour used, where applicable” (p. 544). He cites the *Report of the Contract of Enterprise* (1971) of the Civil Code Revision Office, report No. XIII.

On examination, the agreement contains some of the elements of a contract for services: the work is specified, its cost is readily ascertainable, and Club Raquette has full discretion in choosing the work methods and selecting the labour.

The work description is found in article F and in the addendum to the “offer to lease” reproduced above. This work was to be subject to plans and specifications approved by both parties, and consequently further details were to be provided. The cost is represented by the irrevocable letter of credit which the lessee undertook to give to the lessor “[b]efore beginning construction . . . for an amount equal to the price for constructing the . . . building”. It was therefore readily ascertainable if not determined before the work began. The cause or consideration was the twenty-year lease on the terms agreed between the parties. Nothing in the contract provided that the lessee was subject to the instructions or control of the owner with respect to the choice of work methods, suppliers of materials, workmen, contractors or sub-contractors. The testimonial evidence confirmed the complete independence of the lessee in this regard. It could there-

(art. 984 et suiv. *C.c.B.-C.*) Personne ne conteste que se retrouvent ici tous ces éléments d’un contrat.

Par ailleurs, on définit le contrat de construction comme un contrat «bilatéral et synallagmatique» par lequel l’une des parties, l’entrepreneur, s’oblige à exécuter un ouvrage y décrit pour le compte de l’autre partie, moyennant un prix déterminé ou déterminable (art. 1060 *C.c.B.-C.*) (Giroux, *op. cit.*; Thérèse Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public et privé* (1982)).

Le juge Nichols souligne, dans son opinion dissidente, que le «principal attribut [du contrat d’entreprise] consiste dans l’autonomie de l’entrepreneur, notamment dans le choix des méthodes d’exécution, de même que dans la sélection qu’il fait de la main-d’œuvre employée, le cas échéant» (p. 544). Il prend appui sur le *Rapport sur le contrat d’entreprise* (1971) de l’Office de révision du Code civil, rapport n° XIII.

À l’examen de la convention sous étude, certains des éléments d’un contrat d’entreprise s’y retrouvent: les travaux y sont définis de manière précise, leur coût est facilement déterminable, Club Raquette a toute latitude dans le choix des méthodes d’exécution, de même que dans la sélection de la main-d’œuvre.

La description des travaux se retrouve à l’article F ainsi qu’à l’addendum de «l’offre de location» que j’ai reproduits ci-dessus. Comme ces travaux devaient faire l’objet de plans et devis approuvés par les deux parties, ceci les précisait davantage. Le coût est celui que doit représenter la lettre de crédit irrévocable que le locataire s’est engagé à remettre au bailleur «[a]vant de débiter la construction [. . .] pour un montant égal au prix de la construction». Il était donc facilement déterminable sinon déterminé dès avant le début des travaux. La cause ou considération: le bail de vingt ans aux conditions convenues entre les parties. Rien au contrat ne prévoit que le locataire soit soumis aux directives ou contrôle du propriétaire quant au choix des méthodes d’exécution, des fournisseurs de matériaux, des ouvriers, entrepreneurs ou sous-traitants. La preuve testimoniale confirme d’ailleurs la complète autonomie du locataire à cet

fore be concluded that all these elements present here, which are essential attributes of a contract for services, give the lessee the status of a contractor, bringing into play arts. 2013 *et seq.* C.C.L.C.

If that were the case, every lease contract by which the lessee undertakes to do any work on the leased premises at its expense, provided the work is briefly described therein and its cost known or ascertainable, would be likely to bring into play arts. 2013e and 2013f C.C.L.C., which are relevant here.

These articles read as follows:

2013e. The supplier of materials has a privilege on the immovable in the construction of which the materials supplied to the proprietor or builder have been used, or for the construction of which they have been specially prepared.

However, in the case where the supplier of materials contracts with the proprietor himself, such privilege is conserved only by registration, before the expiration of thirty days after the end of the work, of a notice containing:

1. The names, surname and domicile of the creditor and of the debtor;
2. The description of the immovable affected by the privilege;
3. A statement of the claim specifying the nature and price of the materials supplied to the proprietor or specially prepared to be supplied to him.

In the case where the supplier of materials contracts with the builder, he must notify the proprietor of the immovable in writing that he has made a contract with the builder for the delivery of materials. His privilege is conserved for all the materials supplied after such notice provided he registers, within thirty days after the end of the work, a notice similar to that mentioned in the preceding paragraph.

In order to meet the privileged claims of the supplier of materials, the proprietor of the immovable is entitled to retain on the contract price an amount sufficient to pay them, until the builder has handed to him either a discharge or a renunciation of their privileges, signed by them.

Such privilege is extinguished on failure of the supplier of materials to sue his debtor within three months after the end of the work and to call the registrar into the case, in order to have him make an entry of the

égard. On pourrait donc conclure que tous ces éléments ici présents, attributs essentiels d'un contrat d'entreprise, confèrent au locataire le statut d'entrepreneur, entraînant l'application des art.

a 2013 et suiv. C.c.B.-C.

Si tel était le cas, tout contrat de bail aux termes duquel le locataire s'engage à faire à ses frais quelque ouvrage aux lieux loués, pourvu que ces travaux y soient un tant soit peu décrits et leur coût connu ou déterminable, serait susceptible d'entraîner l'application des art. 2013e et 2013f C.c.B.-C. ici pertinents.

c Ces articles se lisent comme suit:

2013e. Le fournisseur de matériaux a un privilège sur l'immeuble dans la construction duquel entrent des matériaux qu'il a fournis au propriétaire ou au constructeur, ou qu'il a spécialement préparés pour telle construction.

Toutefois, dans le cas où le fournisseur de matériaux contracte avec le propriétaire lui-même, ce privilège n'est conservé que par l'enregistrement, avant l'expiration des trente jours qui suivent la fin des travaux, d'un avis contenant:

1. Les noms, prénoms et domiciles du créancier et du débiteur;
2. La désignation de l'immeuble affecté par le privilège;
3. Un état de la créance, spécifiant la nature et le prix des matériaux fournis au propriétaire ou spécialement préparés pour les lui fournir.

Dans le cas où le fournisseur de matériaux contracte avec le constructeur, il doit informer par écrit le propriétaire de l'héritage qu'il a fait un contrat avec le constructeur pour la livraison de matériaux. Son privilège est conservé pour tous les matériaux fournis après cet avis pourvu qu'il fasse enregistrer, dans les trente jours qui suivent la fin des travaux, un avis semblable à celui mentionné dans l'alinéa précédent.

Pour faire face aux créances privilégiées des fournisseurs de matériaux, le propriétaire de l'héritage a le droit de retenir sur le prix de contrat de construction un montant suffisant pour les payer et ce, tant que le constructeur ne lui aura pas remis soit une quittance, soit une renonciation à leur privilège, signée par eux.

Ce privilège s'éteint, faute par le fournisseur de matériaux de poursuivre son débiteur dans les trois mois après la fin des travaux et de mettre en cause le registraire, afin de lui faire noter l'action dans l'index aux

action in the index of immoveables. In the case where the action is directed against the builder, he must also call the proprietor into the case.

The supplier of materials is also entitled, in case of the insolvency of the proprietor or builder, or in case of failure to make payment at the periods agreed upon, to revendicate the materials he has supplied, but which have not yet been incorporated into the building.

The registration of these notices is effected by deposit.

2013f. The builder, or the architect, has a privilege on the immovable for the work he has done as such, provided that before the expiration of thirty days after the end of the work, he registers at the registry office of the division in which the property is situated, a statement of his claim. Notice of such registration must be given, within the same delay, to the proprietor.

Such privilege is extinguished after six months following the date of the end of the work, unless the creditor take an action against the proprietor to preserve it. In such action the registrar must be called into the case, in order to give him notice of such action, and to cause him to note the same in his index of immoveables.

In the case where the builder has had the work done, either wholly or in part, by sub-contract, if the sub-contractor has notified the proprietor of his contract, such sub-contractor shall have a privilege upon the immovable for all work done after such notification, provided that before the expiration of thirty days after the end of the work he registers a statement of his claim. Such privilege is subject to the same formalities as that of the builder or architect, in so far as concerns its creation and extinction. The proprietor, in case the sub-contractor has notified him of his sub-contract, is entitled to retain, on the contract price, an amount sufficient to meet the privileged claim of the sub-contractor; and any amount fixed by a certificate given in compliance with the formalities contained in article 2013d, shall be deemed sufficient.

The registration of these statements is effected by deposit.

It will be noted that the existence of a claim between the owner and the builder is of the very essence of the privilege mechanism. It is from the construction contract price that the owner will withhold the money needed to pay what is owed by the builder to sub-contractors, suppliers of materials and workmen and so avoid having his building encumbered in favour of those who worked on its construction and improvement. The owner will

immeubles. Dans le cas où l'action est dirigée contre le constructeur, il doit aussi mettre en cause le propriétaire.

Le fournisseur de matériaux a également droit, au cas d'insolvabilité du propriétaire ou du constructeur, ou à défaut de paiement aux époques stipulées, de revendiquer les matériaux qu'il a fournis, mais qui ne sont pas encore incorporés à la construction.

L'enregistrement de ces avis se fait par dépôt.

2013f. Le constructeur et l'architecte ont un privilège sur l'héritage, à raison de leurs travaux comme tels, pourvu que, avant l'expiration des trente jours qui suivent la fin des travaux, ils fassent enregistrer, au bureau d'enregistrement de la division où est situé l'immeuble un état de leurs créances respectives. Avis de cet enregistrement doit être donné, dans le même délai, au propriétaire.

Ce privilège est éteint après les six mois qui suivent la date de la fin des travaux, à moins que le créancier ne prenne une action contre le propriétaire pour le conserver. Le régistrateur doit être mis en cause dans cette action, afin de lui dénoncer l'action et de la lui faire noter dans l'index des immeubles.

Dans le cas où le constructeur fait exécuter, en tout ou en partie, l'ouvrage par sous-contrat, si le sous-entrepreneur a dénoncé son contrat au propriétaire, ce sous-entrepreneur a un privilège sur l'immeuble pour les travaux exécutés après telle dénonciation, pourvu qu'il fasse enregistrer, avant l'expiration des trente jours qui suivent la fin des travaux, un état de sa créance. Ce privilège est soumis aux mêmes formalités que celui du constructeur et de l'architecte quant à sa création et son extinction. Le propriétaire, dans le cas où le sous-entrepreneur lui a dénoncé son sous-contrat, a le droit de retenir sur le prix du contrat un montant suffisant pour faire face au privilège du sous-entrepreneur; et tout montant établi par un certificat décerné suivant la formalité de l'article 2013d sera réputé suffisant.

L'enregistrement de ces états se fait par dépôt.

On constate que l'existence d'une créance entre le propriétaire et le constructeur est de l'essence même du mécanisme du privilège. C'est à même le prix du contrat de construction que le propriétaire pourra retenir les argents nécessaires pour acquitter les montants dus par le constructeur aux sous-traitants, fournisseurs de matériaux et ouvriers et éviter ainsi que son immeuble soit grevé au profit de ceux qui ont travaillé à sa construction ou à son

ultimately benefit from this work in the amount of the additional value so given to the building.

I must pause for a moment to clear up any ambiguity between the terms "cost" of the work and "price" of the construction contract. In the context of this discussion these terms relate to two quite distinct concepts. If the cost of the work to be done by the lessee under the agreement between the parties is ascertainable, if not determined, this does not mean that the owner is thereby required to pay it or that the lessee is entitled to claim payment of it from the owner. The undertaking to pay the price of the construction contract is the duty undertaken by the person requesting the work, whether the owner, lessee or otherwise, to the person doing it, the builder.

Giroux, *op. cit.*, explains this aspect of the workman's privilege as follows (at pp. 88-89):

[TRANSLATION] 82 — The owner also has a duty. A contract for services is a bilateral and reciprocal contract, it necessarily gives rise to mutual obligations, each party has undertaken a duty to the other to perform and provide the agreed services: the contractor must make the specified improvement and the owner must pay the price stipulated in the contract. Ordinarily, one party does not have the power to terminate the consequences of a contract of its own volition; however, art. 1691 gives the owner this right.

83 — The owner must pay the builder a price. The builder's privilege is security for a claim (art. 2013f, p. 1), and of course the price of one or more construction contracts (art. 2013d, p. 4 and 2013f, p. 3); this claim can only result from a contract for services (art. 1602). As in general any type of contract is allowed, we can assume that a contractor undertakes to do work for some consideration other than money, for example the transfer of other property, and so on. Such agreements are innominate contracts, not contracts for services: a person who is a party to them therefore cannot claim to benefit from the privilege in art. 2013, as in that case he will not have against the owner the claim referred to in art. 2013f. However, a contract for services will exist even if part of the price can be paid by a transfer of property (art. 1592).

The contract here makes no mention of the price, and there is no evidence of a "transfer of property".

amélioration. Le propriétaire bénéficiera en dernier ressort de ces travaux pour la plus-value ainsi donnée à cet immeuble.

J'ouvre ici une parenthèse pour dissiper toute ambiguïté entre les termes «coût» des travaux et «prix» du contrat de construction. L'un et l'autre recouvrent, dans le contexte du présent débat, deux notions bien distinctes. Si le coût des travaux à être entrepris par le locataire aux termes de la convention intervenue entre les parties est déterminable sinon déterminé, cela n'implique pas pour autant que le propriétaire se soit obligé à le payer ou que le locataire soit en droit d'en réclamer le paiement au propriétaire. L'engagement de payer le prix du contrat de construction est l'obligation que contracte celui qui commande les travaux, fût-il propriétaire, locataire ou autre, envers celui qui les exécute, le constructeur.

Giroux, *op. cit.*, élabore sur cet aspect du privilège ouvrier en ces termes (aux pp. 88 et 89):

82 — Le propriétaire est aussi obligé. Le contrat d'entreprise est un contrat bilatéral et synallagmatique, il en résulte nécessairement des obligations réciproques, chaque partie est obligée l'une envers l'autre d'accomplir et d'exécuter les prestations convenues; l'entrepreneur doit faire l'amélioration spécifiée, le propriétaire, payer le prix stipulé au contrat. Ordinairement, il n'est pas au pouvoir d'une partie de mettre fin par sa seule volonté aux conséquences d'un contrat; cependant, l'article 1691 accorde cette faculté au propriétaire.

83 — Le propriétaire doit payer au constructeur un prix. Le privilège du constructeur garantit une créance (Art. 2013-F, p. 1), et nécessairement le prix d'un ou de plusieurs contrats de construction (Art. 2013-D, p. 4 et 2013-F, p. 3); cette créance ne peut résulter que d'un contrat d'entreprise (Art. 1602). Toutes les conventions étant généralement permises, on peut supposer qu'un entrepreneur s'engage à faire un travail moyennant une autre considération que de l'argent, v. g. transport d'une autre propriété, etc. Ces conventions sont des contrats innommés et non des contrats d'entreprise; la personne qui y est partie ne peut donc bénéficier du privilège de l'article 2013, n'ayant pas alors contre le propriétaire la créance dont parle l'article 2013-F. Cependant, il y a un contrat d'entreprise même si une partie du prix peut être acquittée par un transport de biens (Art. 1592).

Non seulement ici le contrat ne fait mention d'aucun prix mais il n'existe aucune preuve d'un «transport de biens».

The trial judge does not appear to have examined this aspect of the matter. He concluded that a construction contract existed based on the criteria that I have indicated — factors which, in my opinion, are not relevant to the classification of a construction contract though they may be a means of confirming that it exists.

The majority on the Court of Appeal, for its part, preferred to base its conclusion on a presumption that the rent payable by the lessee “took into account the fact that it [the lessee] was responsible, partly if not completely, for the construction of the premises to be leased to it [the lessee]” (p. 551). Even if this is quite correct, it does not follow that the price of the construction contract corresponds to an amount equivalent to the reduction in rent allegedly given the lessee by the owner, that this price can be liquidated and that the owner was in a position to pay the building cost from this consideration.

I think two observations must be made in this connection. First, there is no evidence in the record that the owner gave the lessee a reduction in rent, and *a fortiori*, there is no evidence as to the quantum of that reduction which could cover the total cost of the work. The offer to lease, the notarial lease and the oral evidence do not contain the slightest suggestion of this. Accordingly, I do not think it is possible to base any presumption whatever on it. Second, even admitting, for the purposes of argument that such a presumption can be deduced from the evidence, the reduction in rent which the lessee would thus receive is necessarily offset by the cost of the work which it undertook to do on the building at its own expense. Looking at this presumption from the owner’s standpoint, the owner would suffer a reduction in rent to compensate for the benefit it derived from the construction of the building and the improvements to the leased building which the lessee had undertaken to make. It is clear that the mutual benefits balance each other and that such a presumption cannot be made, even if it were possible on the evidence, in order to arrive at the construction contract price from which the owner could have retained the money needed to pay subcontractors and workmen. Once this presumption

Le premier juge ne semble pas s’être interrogé sur cet aspect du litige. Il a conclu à l’existence d’un contrat de construction à partir des indices que j’ai énumérés et qui, à mon avis, ne sont pas des éléments pertinents à la caractérisation d’un contrat de construction même s’ils peuvent être de nature à en confirmer l’existence.

La majorité de la Cour d’appel, de son côté, a plutôt fait reposer sa conclusion sur une présomption que le loyer payable par le locataire «tenait compte du fait qu’elle [le locataire] était responsable, en partie sinon en totalité, de la construction des bâtiments dont elle serait locataire» (p. 551). Même si cela est tout à fait exact, il ne s’ensuit pas que le prix du contrat de construction correspond à une somme équivalente à cette diminution de loyer présumément consentie par le propriétaire au locataire, que ce prix soit susceptible d’être liquidé et que le propriétaire ait été en mesure d’acquitter le coût de construction à même cette considération.

À cet égard, deux commentaires me semblent appropriés. D’une part, il n’y a aucune preuve au dossier que le propriétaire ait consenti au locataire une réduction de loyer, à fortiori du quantum de cette réduction, de manière à couvrir le coût total des travaux. Ni l’offre de location ni le bail notarié ni la preuve testimoniale ne contiennent la moindre indication à ce sujet. En conséquence, j’estime qu’il n’est pas possible d’en tirer quelque présomption que ce soit. D’autre part, même en admettant pour fins d’argumentation qu’on puisse tirer de la preuve une telle présomption, la diminution de loyer dont profiterait ainsi le locataire est nécessairement contrebalancée par le coût des travaux que celui-ci s’est engagé à faire à l’immeuble à ses propres frais. Cette présomption envisagée sous l’angle du propriétaire, celui-ci subirait une diminution de loyer en contrepartie du bénéfice qu’il retire de la construction de l’immeuble et des améliorations à l’immeuble loué auxquelles s’est engagé le locataire. On voit que les prestations réciproques s’équilibrent et qu’il n’est pas possible de s’appuyer sur une telle présomption, même si la preuve permettait de le faire, pour établir le prix du contrat de construction à même lequel le propriétaire serait en mesure de retenir l’argent nécessaire au paiement des sous-traitants et ouvriers.

has been rejected, nothing in the agreement of the parties can be found that could constitute the price of the construction contract from which the owner could have paid the workmen's privileges. It must be borne in mind that [TRANSLATION] "being a sub-contractor means doing work at the request of a lessee, not for the latter's benefit, but for the benefit of another person, the person having the improvements made to the immovable" (Giroux, *op. cit.*, at pp. 96-97). Here the work was for the lessee, at its request, for its own purposes and at its own cost. The lease stipulated that when the twenty-year lease expired the building and its improvements would remain the property of the owner. However, this does not mean, first, that the owner would have done this work if the special needs of the lessee had not existed, and second, that these improvements would still have had any commercial or other value, depending on the needs of the business and depreciation at this distant point in time. If there was any benefit to the owner, which is only a matter of speculation, such a benefit is neither obvious nor immediate.

There is another aspect of the problem to be considered. If the lessee is a builder he is himself entitled to a privilege to secure his claim against the owner. What claim can the lessee here put forward other than requiring possession of the premises for the duration of the lease in consideration of payment of the rental? Such a right cannot be accompanied by a builder's privilege. Another avenue of approach, which neither of the lower courts, quite properly, considered, concerns the duty undertaken by the lessee to deposit with the owner an "irrevocable bank letter of credit or any other form of security approved by the LESSOR", from which the owner could pay sub-contractors and workmen. This instrument was not requested. The owner accordingly spent nothing except the amount offset by the additional rental of \$3,411.19 a month between April 1, 1981 and March 31, 1982, as provided in the notarial lease. It is because this duty to build on the part of the lessee can probably be regarded as part of the rent that the stipulation of additional rent tends to negate the existence of a claim by the lessee against the owner. The letter of credit "or any

Cette présomption écartée, on cherche en vain dans la convention des parties ce qui pourrait constituer le prix du contrat de construction à même lequel le propriétaire aurait pu acquitter les privilèges ouvriers. Il faut rappeler qu'«[ê]tre sous-entrepreneur, c'est faire des travaux à la réquisition d'un locataire, non pour le bénéfice de ce dernier, mais pour le bénéfice d'une autre personne, de celle qui fait améliorer l'immeuble» (Giroux, *op. cit.*, aux pp. 96 et 97). Or, ici les travaux sont au bénéfice du locataire, à sa demande, pour ses propres fins et à ses frais. Il est prévu au bail qu'à l'expiration du bail de vingt ans l'immeuble et les améliorations demeureront la propriété du propriétaire. Cependant, il ne va pas de soi que, d'une part, n'eussent été les besoins particuliers du locataire, le propriétaire eût entrepris ces travaux et, d'autre part, que ces améliorations eussent retenu quelque valeur commerciale ou autre, compte tenu des besoins du commerce et de la dépréciation à cette époque éloignée. Si bénéfice au propriétaire il y a, ce qui n'est que pure spéculation, tel bénéfice n'est ni évident ni prochain.

Abordant un autre aspect du problème, si le locataire est un constructeur, il a lui-même droit à un privilège pour garantir sa créance contre le propriétaire. Quelle créance le locataire peut-il ici invoquer autre que celle d'exiger la possession des lieux pour la durée du bail en considération du paiement du loyer? Tel droit ne saurait être assorti d'un privilège de constructeur. De plus, une autre avenue, que ni l'une ni l'autre des instances inférieures n'a avec raison considérée, a trait à l'obligation à laquelle le locataire a souscrit de déposer entre les mains du propriétaire une «lettre de Crédit de Banque irrévocable ou tout autre moyen de garantie approuvé par le BAILLEUR» à même laquelle le propriétaire pourrait payer les sous-traitants et ouvriers. Cette lettre n'a pas été exigée. Le propriétaire n'a en conséquence rien déboursé sauf les sommes compensées par le loyer additionnel de 3 411,19 \$ par mois entre le 1^{er} avril 1981 et le 31 mars 1982, prévu au bail notarié. C'est parce que cette obligation de construire de la part du locataire peut vraisemblablement être considérée comme une partie du loyer que la stipulation d'un loyer additionnel tend à nier l'existence d'une

other form of security” which could have been required before work began but was not, was a means by which the owner could ensure that the work would be done by the lessee and avoid having privileges registered against his building. However, this letter of credit cannot constitute a claim by the lessee against the owner as the lessee was responsible for paying for the work. If the owner had had money from which he undertook to pay at his own expense the sub-contractors and workmen, the situation could have been quite different. That, however, is not the undertaking of the parties in the case at bar.

The Superior Court judge wondered whether the lessee did not have “a temporary real right in the immovable”, which might have been a basis for the registration of a workman’s privilege by the respondent. The Court of Appeal did not accept this argument, and rightly so, and it was not repeated by respondent in this Court. It therefore does not have to be discussed.

It may accordingly be concluded that there was no claim between the owner and the lessee, which could be interpreted as an undertaking by the owner to pay the price of construction. Such an undertaking did not exist in the case at bar. Respondent did not establish that, for the work done on appellants’ building, it contracted with a contractor acting for the owner within the meaning of arts. 2013f and 2013e C.C.L.C. It cannot therefore maintain that it has a privilege over appellants’ building.

For these reasons, the appeal should be allowed, the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court set aside and the action on a privilege brought by respondent against appellants dismissed, the whole with costs in all courts.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellants: Sydney Sederoff, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bélanger, Sauvé, Montréal.

Solicitors for the intervener: Saint-Amour & Pauze, Montréal.

créance du locataire contre le propriétaire. La lettre de crédit «ou tout autre moyen de garantie» qui pouvait être exigée avant le début des travaux, mais qui ne l’a pas été, constituait pour le propriétaire un moyen de s’assurer de l’exécution des travaux par le locataire et d’éviter que son immeuble soit grevé de privilèges. Toutefois, cette lettre de crédit ne saurait constituer une créance du locataire contre le propriétaire le coût des travaux étant à la charge du locataire. Le propriétaire eût-il eu l’argent en mains à même lequel il se serait engagé à payer à ses propres frais les sous-traitants et les ouvriers que la situation aurait pu être tout autre. Ce n’est toutefois pas la teneur de l’entente des parties en l’espèce.

Le juge de la Cour supérieure s’est demandé si le locataire en l’espèce ne jouissait pas d’«un droit réel temporaire dans l’immeuble» ce qui aurait donné prise à l’enregistrement d’un privilège ouvrier de la part de l’intimée. La Cour d’appel, avec raison, n’a pas retenu cet argument et l’intimée ne l’a pas repris devant nous. Il n’y a pas lieu en conséquence d’en discuter.

On doit donc conclure qu’il y a ici absence de créance entre le propriétaire et le locataire, créance que constitue l’engagement par le propriétaire de payer le prix des travaux de construction, engagement non existant en l’espèce. L’intimée n’a pas établi qu’en ce qui a trait aux travaux faits sur l’immeuble des appelants elle a contracté avec un entrepreneur agissant pour le bénéfice du propriétaire au sens des art. 2013f et 2013e C.c.B.-C. Elle ne saurait en conséquence prétendre à un privilège sur l’immeuble des appelants.

Pour ces motifs, il y a lieu d’accueillir l’appel, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel et le jugement de la Cour supérieure et de rejeter l’action sur privilège intentée par l’intimée contre les appelants, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des appelants: Sydney Sederoff, Montréal.

Procureurs de l’intimée: Bélanger, Sauvé, Montréal.

Procureurs de l’intervenante: Saint-Amour & Pauze, Montréal.

Glenn Brian Stevens also known as Glenn Brian Villeneuve *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Alberta *Intervener*

INDEXED AS: R. V. STEVENS

File No.: 17655.

1988: February 2; 1988: June 30.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Retro-spectivity — Fundamental justice — Statutory rape — Defence of mistake as to age statutorily denied — Conduct giving rise to charge arising before proclamation of Charter — Trial held after Charter in effect — Whether Charter can be invoked — Whether s. 146(1) of Criminal Code infringes s. 7 of Charter — If so, whether section justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 146(1).

Criminal law — Statutory rape — Defence of mistake as to age statutorily denied — Conduct giving rise to charge arising before proclamation of Charter — Trial held after Charter in effect — Whether Charter can be invoked — Whether s. 146(1) of Criminal Code infringes s. 7 of Charter — If so, whether section justified under s. 1 of Charter.

The accused had consensual sexual intercourse five times with a thirteen-year-old girl between December 31, 1981 and February 24, 1982 and had himself turned sixteen years of age on January 14, 1982. He was convicted of having sexual intercourse with a female person who was at the time under the age of fourteen years and who was not his wife contrary to s. 146(1) of the *Criminal Code*. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, although not in force when the alleged

* Estey J. took no part in the judgment.

Glenn Brian Stevens alias Glenn Brian Villeneuve *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Alberta *Intervenant*

b RÉPERTORIÉ: R. C. STEVENS

N° du greffe: 17655.

1988: 2 février; 1988: 30 juin.

c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Rétroactivité — Justice fondamentale — Présomption légale de viol — Dénéi légal de la défense d'erreur au sujet de l'âge — Acte ayant donné lieu à l'inculpation antérieure à la proclamation de la Charte — Procès postérieur à l'entrée en vigueur de la Charte — La Charte peut-elle être invoquée? — Le paragraphe 146(1) du Code criminel enfreint-il l'art. 7 de la Charte? — En ce cas, le paragraphe est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 146(1).

Droit criminel — Présomption légale de viol — Dénéi légal de la défense d'erreur au sujet de l'âge — Acte ayant donné lieu à l'inculpation antérieure à la proclamation de la Charte — Procès postérieur à l'entrée en vigueur de la Charte — La Charte peut-elle être invoquée? — Le paragraphe 146(1) du Code criminel enfreint-il l'art. 7 de la Charte? — En ce cas, le paragraphe est-il justifié aux termes de l'article premier de la Charte?

L'accusé avait eu des rapports sexuels, de consentement mutuel, à cinq reprises avec une jeune fille de treize ans entre le 31 décembre 1981 et le 24 février 1982, ayant lui-même eu seize ans le 14 janvier 1982. Il a été reconnu coupable d'avoir eu des relations sexuelles avec une personne du sexe féminin qui, à l'époque, était âgée de moins de quatorze ans et n'était pas son épouse, contrairement au par. 146(1) du *Code criminel*. La *Charte canadienne des droits et libertés* n'était pas en

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

criminal conduct took place, was in force at the time of the accused's trial. At trial, the judge dismissed a motion to quash the information based on the statutory denial of a defence based on mistake of fact concerning the girl's age and the accused pleaded guilty. The Court of Appeal upheld the conviction. At issue here is whether (a) the accused can invoke the *Charter* when his conduct took place before the *Charter* came into force; (b) s. 146(1) infringes s. 7 of the *Charter*; and (c) to the extent that s. 146(1) infringes s. 7, whether it is saved by s. 1 of the *Charter*.

Held (Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not applicable to s. 146(1) of the *Criminal Code* because its application in this case would be a retrospective one. The words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) define, at the time the offence is committed, one of the constituent elements of the offence, the requisite *mens rea*, rather than deny to the accused, at the time of trial, a defence which he might otherwise have had. The so-called "defence" of mistake of fact, which is removed by the above words, serves to raise a reasonable doubt as to the existence of the requisite *mens rea*. Thus the removal of the "defence" of mistake of fact by the words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) merely indicates that the offence, as defined, does not include that particular mental state in its *mens rea*.

The criminal liability to imprisonment for the offence created by s. 146(1) is imposed at the time the offence is committed. The liability imposed by law would ordinarily be established at trial in a particular case in accordance with the relevant substantive law, including any applicable constitutional provisions, as it existed at the time the offence was committed. It would give a retrospective application to s. 7 of the *Charter* to apply it to s. 146(1) of the *Code* merely because the liability imposed by s. 146(1) continued after the *Charter* came into force. It would be to change the applicable substantive law with retrospective effect.

Per Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The structure of s. 7 of the *Charter* militates against having the protection of that right hinge upon whether the *Charter* was in force at the time of the accused's conduct. Rather, the section is directed to the point of time at which someone is about to be deprived

vigueur au moment où serait intervenu l'acte criminel, mais elle l'était au moment du procès de l'accusé. Au procès, le juge a rejeté une requête en cassation de la dénonciation, fondée sur le déni légal d'une défense d'erreur de fait au sujet de l'âge de la jeune fille; l'accusé a alors plaidé coupable. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. Il s'agit de déterminer a) si l'accusé peut invoquer la *Charte* alors que son acte précède l'entrée en vigueur de celle-ci; b) si le par. 146(1) enfreint l'art. 7 de la *Charte* et c) si, dans la mesure où le par. 146(1) enfreint l'art. 7, il peut être sauvegardé aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest: L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas applicable au par. 146(1) du *Code criminel* parce que son application en l'espèce serait rétroactive. Les termes «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» au par. 146(1) définissent, au moment où l'infraction est commise, l'un des éléments constitutifs de l'infraction, la *mens rea* requise, plutôt que de dénier à l'inculpé, au moment du procès, une défense qu'autrement il pourrait faire valoir. La «défense» dite d'erreur de fait, que supprime les termes précédents, sert à susciter un doute raisonnable sur l'existence de la *mens rea* requise. Ainsi la suppression de la «défense» d'erreur de fait par les termes «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» au par. 146(1) indique simplement que l'infraction, telle que définie, n'inclut pas cet état mental particulier dans sa *mens rea*.

La responsabilité criminelle entraînant l'emprisonnement pour l'infraction créée par le par. 146(1) est imposée au moment où l'infraction est commise. La responsabilité imposée par la loi s'établit d'ordinaire au procès dans un cas donné conformément aux règles de fond pertinentes, y compris toute disposition constitutionnelle applicable existant au moment où l'infraction est commise. Ce serait donner un application rétroactive à l'art. 7 de la *Charte* que de l'appliquer au par. 146(1) du *Code* simplement parce que la responsabilité imposée par le par. 146(1) demeurerait après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Ce serait modifier les règles de fond applicables et leur donner un effet rétroactif.

Les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidents): L'économie de l'art. 7 de la *Charte* milite à l'encontre de la protection d'un droit selon que la *Charte* est ou non en vigueur au moment où intervient l'acte de l'inculpé. L'article indique plutôt le moment où on est sur le point de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la

of his or her life, liberty or security of the person. It is the projected deprivation, and not the conduct giving rise to the charge, which triggers the application of s. 7.

A distinction is made at common law between matters of substance and matters of procedure for the purpose of determining whether retrospective effect should be given to new or amending legislation. Section 7 presents difficulty in characterization for this purpose because it enshrines both procedural and substantive rights. The appellant, however, in this case is not seeking a retrospective application of the *Charter* but rather a prospective one to determine his rights at trial.

The decision as to whether *Charter* provisions operate retrospectively should mirror the common law. Just as at common law procedural Acts apply to pre-enactment conduct, procedural rights guaranteed by the *Charter* should apply to any post-*Charter* proceeding regardless of when the underlying conduct took place. The rights in issue here are proceeding-oriented and direct an application to post-*Charter* proceedings. Whether this is true of substantive rights guaranteed by the *Charter* will depend on whether these rights expressly direct or necessarily imply that they apply to pre-*Charter* conduct. A blanket rule cannot be adopted for all the provisions of the *Charter*. They must be considered individually.

Section 146(1) violates s. 7 of the *Charter* in that it attaches criminal liability on pain of imprisonment to conduct that is not only lacking in *mens rea* but is also non-negligent. An accused can be convicted under the section even though he can show that he made an honest and reasonable mistake about the victim's age. This is not in accordance with the principles of fundamental justice.

The removal of a *mens rea* requirement from the offence described in s. 146(1) of the *Code* cannot be viewed under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the accused's s. 7 rights. Any rational connection between absolute liability and the objective of deterrence is tenuous. An absolute liability offence may serve as a deterrent to some but this effect, if it exists, is greatly overstated. The impairment inherent in s. 146(1), on the other hand, is very substantial. The impugned offence allows for the conviction of an individual who is not only morally innocent but who has taken all reasonable steps to determine the age of his sexual partner. This is deeply discordant with the principles of fundamental justice and may have a deleterious impact on the justice system

sécurité de quelqu'un. C'est la menace d'atteinte, et non l'acte qui a donné lieu à l'inculpation, qui déclenche l'application de l'art. 7.

On fait une distinction en *common law* entre les questions de fond et les questions de procédure pour déterminer s'il faut donner un effet rétroactif à une loi nouvelle ou modificatrice. L'article 7 présente des difficultés de qualification à cet égard, parce qu'il enchâsse à la fois des droits procéduraux et fondamentaux. Toutefois, l'appelant en l'espèce ne cherche pas une application rétroactive de la *Charte*, mais plutôt une application prospective pour déterminer quels sont ses droits au procès.

La décision sur la rétroactivité ou non des dispositions de la *Charte* doit refléter la *common law*. Tout comme en *common law* les lois procédurales s'appliquent à un acte antérieur à leur adoption, les droits procéduraux que garantit la *Charte* doivent s'appliquer à toute instance postérieure à la *Charte*, indépendamment du moment auquel remonte l'acte sur lequel elle est fondée. Ces droits en cause ici visent les procédures et leur application à une instance postérieure à la *Charte* s'impose. Quant à savoir si cela est vrai des droits fondamentaux que la *Charte* garantit, cela sera déterminé selon que ces droits exigent expressément ou tacitement qu'ils soient appliqués à des actes antérieurs à la *Charte*. Une règle absolue ne peut être adoptée pour l'ensemble des dispositions de la *Charte*. On doit les considérer individuellement.

Le paragraphe 146(1) viole l'art. 7 de la *Charte* puisqu'il attache une responsabilité criminelle, sous peine d'emprisonnement, à un acte alors qu'il y a non seulement absence de *mens rea*, mais aussi absence de toute négligence. Un accusé peut être reconnu coupable en vertu de cet article même s'il peut démontrer qu'il a commis, en toute honnêteté, une erreur raisonnable au sujet de l'âge de la victime. Cela n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

La suppression de l'élément *mens rea* de l'infraction que décrit le par. 146(1) du *Code* ne peut être considérée, en vertu de l'article premier de la *Charte*, comme une limite raisonnable apportée aux droits conférés à l'accusé par l'art. 7. Tout lien rationnel entre la responsabilité absolue et l'objectif de la dissuasion est tenu. Une infraction de responsabilité absolue peut servir à dissuader certains mais cet effet, s'il existe vraiment, a largement été surévalué. L'atteinte inhérente au par. 146(1), d'autre part, est très importante. L'infraction contestée permet de condamner un individu, non seulement moralement innocent, mais qui a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de son partenaire sexuel. Voilà qui est en profond désaccord

as a whole. A less offensive mechanism was subsequently enacted by Parliament to serve the government's legitimate objective. Finally, the potential benefits flowing from the retention of absolute liability in s. 146(1) are not in any way proportional to the degree of impairment of the s. 7 right.

The words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) are of no force and effect. Since the trial judge did not allow the accused to make a defence based on the lack of *mens rea*, the conviction should be quashed and a new trial ordered.

Cases Cited

By Le Dain J.

Applied: *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, aff'g (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; **distinguished:** *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

By Wilson J. (dissenting)

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Thorburn* (1986), 26 C.C.C. (3d) 154; *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, 145 D.L.R. (3d) 164; *R. v. Lucas* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, aff'g (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 332; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Regional Assessment Commissioner, Region No. 13 v. Downtown Oshawa Property Owners' Association*, [1978] 2 S.C.R. 1030; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Ferguson*, [1987] 6 W.W.R. 481; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 13, 15.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 146(1) (rep. and sub. by ss. 139(4), 140, 141), 508.
Wildlife Act, S.B.C. 1966, c. 55.

avec les principes de justice fondamentale et qui peut avoir des répercussions dommageables pour l'ensemble du système de justice. Un mécanisme moins préjudiciable a subséquemment été adopté par le Parlement pour atteindre l'objectif légitime du gouvernement. Enfin, les bénéfices éventuels découlant du maintien de la responsabilité absolue au par. 146(1) ne sont en aucune manière proportionnels au degré d'atteinte au droit garanti par l'art. 7.

Les termes «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» du par. 146(1) sont inopérants. Comme le juge de première instance n'a pas autorisé l'accusé à faire valoir une défense fondée sur l'absence de *mens rea*, la déclaration de culpabilité doit être cassée et un nouveau procès ordonné.

Jurisprudence

Citée par le juge Le Dain

Arrêt appliqué: *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, conf. (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; **distinction d'avec l'arrêt:** *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v. Thorburn* (1986), 26 C.C.C. (3d) 154; *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, 145 D.L.R. (3d) 164; *R. v. Lucas* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, conf. (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; *Jack et Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Le Commissaire régional à l'évaluation, région numéro 13 c. Downtown Oshawa Property Owners' Association*, [1978] 2 R.C.S. 1030; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. v. Ferguson*, [1987] 6 W.W.R. 481; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 7, 13, 15.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 146(1) (abr. & rempl. par art. 139(4), 140, 141), 508.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Wildlife Act, S.B.C. 1966, chap. 55.

Authors Cited

- Black, William. "Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events," [1982] *U.B.C. L.R.* 59, (*Charter Edition*).
- Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 1984.
- Craies, William Feilden. *Craies on Statute Law*, 7th ed. By S. G. G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971.
- Driedger, Elmer. "The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint" (1977), 9 *Ottawa L.R.* 303.
- Mahoney, Richard. "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1.
- Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
- Williams, Glanville Llewelyn. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 3 C.C.C. (3d) 198, 145 D.L.R. (3d) 563, 5 C.R.R. 139, dismissing an appeal from conviction pronounced by Davidson Prov. Ct. J. Appeal dismissed, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Alan Gold, for the appellant.

Bruce Duncan, for the respondent.

Jack Watson, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

LE DAIN J.—I would dismiss the appeal on the ground that s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not applicable to s. 146(1) of the *Criminal Code* because its application in this case would be a retrospective one. This Court has recently affirmed, in dismissing the appeal from the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, that the *Charter* cannot be given retrospective application. In *James*, the Court of Appeal held that s. 8 of the *Charter* could not be applied to seizures carried out before the *Charter* came into force and that in consequence, s. 24 of the *Charter* could not, at the

Doctrine citée

- Black, William. «Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events,» [1982] *U.B.C. L.R.* 59, (*Charter Edition*).
- ^a Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1982.
- Craies, William Feilden. *Craies on Statute Law*, 7th ed. By S. G. G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971.
- ^b Driedger, Elmer. «The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint» (1977), 9 *Ottawa L.R.* 303.
- Mahoney, Richard. «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. du B. can.* 1.
- ^c Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
- Williams, Glanville Llewelyn. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.
- ^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 3 C.C.C. (3d) 198, 145 D.L.R. (3d) 563, 5 C.R.R. 139, qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Davidson de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents.
- ^e *Alan Gold*, pour l'appellant.
- ^f *Bruce Duncan*, pour l'intimée.
- Jack Watson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.
- ^g Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE LE DAIN—Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas applicable au par. 146(1) du *Code criminel* parce que son application en l'espèce serait rétroactive. La Cour a récemment confirmé dans l'arrêt *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, qui rejette un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, que la *Charte* ne peut recevoir d'application rétroactive. Dans l'affaire *James*, la Cour d'appel avait jugé que l'art. 8 de la *Charte* ne pouvait être appliqué aux saisies auxquelles on avait procédé avant l'entrée en vigueur de la *Charte* et que, par

trial which took place after the *Charter* came into force, be applied to exclude evidence obtained from such seizures. Tarnopolsky J.A., who delivered the judgment of the Court of Appeal, said that “one applies the law in force at the time when the act that is alleged to be in contravention of a Charter right or freedom occurs” and that “it is important that actions be determined by the law, including the Constitution, in effect at the time of the action”: (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, at pp. 21 and 25.

The “act” or “action” that is alleged to infringe s. 7 of the *Charter* in this case is s. 146(1) of the *Criminal Code*, and in particular the words “whether or not he believes that she is fourteen years of age or more” in that section. Because of those words s. 146(1), which provides for imprisonment, is said to constitute a deprivation of liberty not in accordance with the principles of fundamental justice, contrary to s. 7. The issue of retrospectivity in this appeal, as I perceive it, is how one characterizes the effect of those words and when they must be deemed to have had their effect, in so far as the application of s. 7 is concerned.

In my respectful opinion the effect of the words “whether or not he believes that she is fourteen years of age or more” in s. 146(1) is to define, at the time the offence is committed, one of the constituent elements of the offence, the requisite *mens rea*, rather than to deny to the accused, at the time of trial, a defence which he might otherwise have had. The so-called “defence” of mistake of fact, which is removed by the above words, serves to raise a reasonable doubt as to the existence of the requisite *mens rea*. See Mahoney, “The Presumption of Innocence: A New Era” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 5. Thus the removal of the “defence” of mistake of fact by the words “whether or not he believes that she is fourteen years of age or more” in s. 146(1) merely serves to indicate that the offence, as defined, does not include that particular mental state in its *mens rea*. The case of *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, is quite different. The “act” or “action” which was alleged to have infringed the

conséquent, l’art. 24 de la *Charte* ne pouvait, au procès qui a eu lieu après l’entrée en vigueur de la *Charte*, être appliqué dans le but d’écarter les preuves réunies grâce à ces saisies. Le juge Tarnopolsky, qui a rédigé l’arrêt de la Cour d’appel, a jugé qu’ [TRADUCTION] «on applique la loi en vigueur au moment de l’acte qu’on allègue être en contravention avec un droit ou une liberté garantis par la *Charte*» et qu’«il est important de juger des actions au regard de la loi, y compris la Constitution, en vigueur au moment où elles ont lieu»: (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, aux pp. 21 et 25.

L’«acte» ou l’«action» qui aurait enfreint l’art. 7 de la *Charte* en l’espèce, c’est le par. 146(1) du *Code criminel*, et en particulier les mots «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus». En raison de ces mots, le par. 146(1), qui prévoit une peine d’emprisonnement, constituerait une atteinte à la liberté non conforme aux principes de justice fondamentale, contrairement à l’art. 7. La question de la rétroactivité en l’espèce, telle que je la conçois, dépend de la qualification donnée à l’effet de ces mots et du moment où il faut présumer qu’ils ont eu leur effet, en ce qui concerne l’application de l’art. 7.

À mon humble avis, l’effet des mots «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» au par. 146(1) est de définir, au moment où l’infraction est commise, l’un des éléments constitutifs de l’infraction, la *mens rea* requise, plutôt que de dénier à l’inculpé, au moment du procès, une défense qu’autrement il pourrait peut-être faire valoir. La «défense» dite d’erreur de fait, que suppriment les mots précités, sert à susciter un doute raisonnable sur l’existence de la *mens rea* requise. Voir Mahoney, «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. du B. can.* 1, à la p. 5. Ainsi la suppression de la «défense» d’erreur de fait par les mots «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» au par. 146(1) sert simplement à indiquer que l’infraction, telle que définie, n’inclut pas cet état mental particulier dans sa *mens rea*. L’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, est fort différent. L’«acte» ou l’«action» qui, alléguait-on, avait enfreint la *Charte* dans

Charter in that case was clearly one that took place at the trial and after the *Charter* had come into force: the introduction at a new trial, contrary to s. 13 of the *Charter*, of self-incriminating evidence adduced at a previous trial.

The criminal liability to imprisonment for the offence created by s. 146(1) was imposed by s. 146(1), in respect of the offence committed by the appellant, at the time the offence was committed. The liability imposed by law would ordinarily be established at trial in a particular case in accordance with the relevant substantive law, including any applicable constitutional provisions, as it existed at the time the offence was committed. It would give a retrospective application to s. 7 of the *Charter* to apply it to s. 146(1) of the *Code* merely because the liability imposed by s. 146(1) continued after the *Charter* came into force. It would be to change the applicable substantive law with retrospective effect.

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

WILSON J. (dissenting)—The issue in this appeal is whether the statutory denial of a defence of honest belief as to age in s. 146(1) of the *Criminal Code* renders the section constitutionally invalid as an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which is not saved by s. 1.

I The Facts

Between December 31, 1981 and February 24, 1982 the accused had sexual intercourse five times with a thirteen-year-old girl. The accused turned sixteen years of age on January 14, 1982. All the acts of intercourse were consensual.

The accused was charged with having sexual intercourse with a female person who was at the time under the age of fourteen years and who was not his wife contrary to s. 146(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The section at the time of the acts of sexual intercourse read as follows:

cette affaire avait manifestement eu lieu au procès, après l'entrée en vigueur de la *Charte*: la présentation à un nouveau procès, contrairement à l'art. 13 de la *Charte*, de preuves auto-incriminantes produites à un procès antérieur.

La responsabilité criminelle entraînant l'emprisonnement pour l'infraction créée par le par. 146(1) était prévue par le par. 146(1), pour l'infraction commise par l'appelant, au moment où l'infraction a été commise. La responsabilité imposée par la loi s'établit d'ordinaire au procès dans un cas donné, conformément aux règles de fond pertinentes, y compris toute disposition constitutionnelle applicable existant au moment où l'infraction est commise. Ce serait donner une application rétroactive à l'art. 7 de la *Charte* que de l'appliquer au par. 146(1) du *Code* simplement parce que la responsabilité imposée par le par. 146(1) demeurerait après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Cela modifierait les règles de fond applicables en leur donnant un effet rétroactif.

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

LE JUGE WILSON (dissidente)—La question qui se pose dans ce pourvoi est de savoir si le déni légal de la défense d'erreur de bonne foi au sujet de l'âge, que contient le par. 146(1) du *Code criminel*, rend ce paragraphe invalide sur le plan constitutionnel, parce qu'il porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sans pouvoir être sauvegardé par l'article premier.

I Les faits

Entre le 31 décembre 1981 et le 24 février 1982, l'accusé a eu des rapports sexuels à cinq reprises avec une adolescente de treize ans. L'accusé a eu seize ans le 14 janvier 1982. Il y a eu consentement à tous les rapports sexuels.

L'accusé a été inculpé d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin, âgée de moins de 14 ans à l'époque, qui n'était pas son épouse, en contravention au par. 146(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Le paragraphe, à l'époque des rapports sexuels, se lisait ainsi:

146. (1) Every male person who has sexual intercourse with a female person who

(a) is not his wife, and

(b) is under the age of fourteen years,

whether or not he believes that she is fourteen years of age or more, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

II The Courts Below

The Provincial Court

At trial the accused moved to quash the information. He submitted that the statutory denial of a defence based on mistake of fact concerning the girl's age violated s. 7 of the *Charter*. In a brief oral judgment Davidson Prov. Ct. J. dismissed the motion stating:

I'm reading this Section [s. 146(1)] which, obviously, is directed at the protection of social interest, namely, the protection of young children. Counsel argues that the maximum sentence here is life imprisonment, but, of course, that is not a minimum penalty. It's obviously a maximum penalty, and the judge, of course, in sentencing has the ability to tailor his sentence in accordance with the facts of the case.

As I've indicated, I find that this Section is directed at the protection of social interests and, under these circumstances, I'm ruling that it doesn't offend Section 7 of the Charter of Rights . . .

The accused then entered a guilty plea. The trial judge convicted the accused and sentenced him to a suspended sentence with two years probation.

The Court of Appeal

The Court of Appeal (Martin, Houlden and Robins J.J.A.) dismissed the appeal in a brief oral judgment: see (1983), 3 C.C.C. (3d) 198. The Court noted that the *Criminal Code* has contained a similar provision since it was first enacted in 1892. The Court stated that similar legislation exists in the United States, England and Australia, sometimes with a higher age limit than fourteen. Further, the judges noted, the United States Supreme Court has "never held that an honest

146. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans,

que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus.

b

II Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale

Au procès, l'accusé a voulu faire casser la dénonciation. Il a fait valoir que le déni légal d'une défense fondée sur l'erreur de fait au sujet de l'âge de la jeune fille violait l'art. 7 de la *Charte*. Dans un bref jugement rendu à l'audience, le juge Davidson de la Cour provinciale a rejeté la requête en disant:

[TRADUCTION] J'ai à interpréter ce paragraphe [le par. 146(1)] qui, de toute évidence, vise à protéger des intérêts sociaux, savoir, la protection des jeunes enfants. L'avocat plaide que la peine maximale dans ce cas est l'emprisonnement à perpétuité mais, bien entendu, ce n'est pas là une peine minimale. C'est de toute évidence une peine maximale et le juge, naturellement, quand il inflige une peine, a la possibilité d'adapter sa sentence aux faits de la cause.

Comme je l'ai dit, j'estime que ce paragraphe vise à protéger des intérêts sociaux et, dans les circonstances, je déclare qu'il n'enfreint pas l'art. 7 de la Charte des droits . . .

L'accusé a alors plaidé coupable. Le juge du procès a reconnu l'accusé coupable et l'a condamné à une peine avec sursis, assortie de deux ans de probation.

La Cour d'appel

La Cour d'appel, composée des juges Martin, Houlden et Robins, a rejeté l'appel dans un bref arrêt rendu à l'audience: (1983), 3 C.C.C. (3d) 198. La Cour a pris note de l'existence d'une disposition semblable dans le *Code criminel* depuis sa première adoption en 1892. La cour a déclaré qu'il existe une disposition similaire aux États-Unis, en Angleterre et en Australie, avec parfois une limite d'âge supérieure à quatorze ans. En outre, ont noté les juges, la Cour suprême des

mistake as to the age of the prosecutrix is a constitutional defence to statutory rape". The Court of Appeal concluded as follows, at p. 200:

Assuming, without in any way deciding the question that s. 7 of the *Charter* permits judicial review of the substantive content of legislation, we are all of the view that, in so far as this case is concerned, s. 7 does not have the effect of invalidating s. 146(1) of the *Criminal Code* and preventing Parliament from creating the crime of having sexual intercourse with a girl under 14 years of age excluding mistake as to the age of the girl as a defence therefrom.

It is to be noted that the Court of Appeal's judgment pre-dated the decision of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

III The Issue

The appellant alleges that s. 146(1) of the *Criminal Code*, by denying him a defence based on mistake of fact as to the age of the female, violates his rights under s. 7 of the *Charter* and is accordingly unconstitutional. This allegation requires us to answer the following questions:

- (a) can the accused invoke the *Charter* when his conduct took place before the *Charter* came into force?
- (b) does s. 146(1) infringe s. 7 of the *Charter*? and
- (c) to the extent that s. 146(1) infringes s. 7, is it saved by s. 1 of the *Charter*?

(a) *Retrospectivity*

The alleged criminal conduct by the accused took place shortly before the *Charter* came into force. The *Charter* was in force, however, at the time of the accused's trial. The respondent argues that the accused cannot rely on s. 7 of the *Charter* since this would involve giving s. 7 retrospective effect. The accused responds by saying that since the issue is whether s. 7 of the *Charter* requires the accused to be afforded a mistake of fact defence at his trial, the proper question to ask is whether the *Charter* was in force at the time of his trial. Since

États-Unis n'a [TRADUCTION] «jamais jugé qu'une erreur de bonne foi sur l'âge de la plaignante est une défense constitutionnelle opposable à la présomption légale de viol». La Cour d'appel conclut ainsi à la p. 200:

[TRADUCTION] Présumant, sans en décider, que l'art. 7 de la *Charte* permet l'examen judiciaire d'une loi sur le plan du fond, nous sommes tous d'avis que, pour ce qui est de l'affaire en cause, l'art. 7 n'a pas pour effet d'invalidier le par. 146(1) du *Code criminel* et d'interdire au Parlement d'ériger en crime les rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans en excluant l'erreur sur l'âge de la jeune fille comme moyen de défense à cet égard.

Il faut rappeler que l'arrêt de la Cour d'appel est antérieur à la décision de cette Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

III La question en litige

L'appelant fait valoir que le par. 146(1) du *Code criminel*, en lui déniait une défense fondée sur l'erreur de fait au sujet de l'âge de la personne de sexe féminin, viole les droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte* et est par conséquent inconstitutionnel. Cette allégation nous oblige à répondre aux questions suivantes:

- a) l'accusé peut-il invoquer la *Charte* alors que son acte est antérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*?
- b) le paragraphe 146(1) enfreint-il l'art. 7 de la *Charte*? et
- c) dans la mesure où le par. 146(1) enfreint l'art. 7, peut-il être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*?

a) *La rétroactivité*

L'accusé a accompli le prétendu acte criminel peu de temps avant que la *Charte* n'entre en vigueur. Toutefois, la *Charte* était en vigueur au moment de son procès. L'intimée soutient que l'accusé ne saurait se fonder sur l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'il faudrait alors donner à l'art. 7 un effet rétroactif. L'accusé répond en disant que, puisque la question en litige est de savoir si l'art. 7 de la *Charte* exige qu'on reconnaisse à l'accusé une défense d'erreur de fait au moment de son procès, la véritable question qu'il faut se poser est de

it was, the accused submits that this case does not raise an issue of retrospectivity. This Court must decide which of these two views is correct.

The issue of the retrospective application of the *Charter* has not yet been examined in depth by this Court. A number of appellate courts have, however, addressed the issue. In *R. v. Thorburn* (1986), 26 C.C.C. (3d) 154 (B.C.C.A.), the British Columbia Court of Appeal was asked to rule on the constitutional validity of this same section of the *Criminal Code*. Unlike the present case *Thorburn* involved a challenge to the legislation based on s. 15 of the *Charter*. The acts of intercourse took place before s. 15 came into force. The trial, however, commenced two weeks after s. 15 came into force. The sequence of events is therefore identical to that in the present case—the conduct with which the accused was charged predated the coming into force of the section but his trial post-dated it.

The Crown in *Thorburn* argued that the accused in these circumstances could not rely on the *Charter*. The Court of Appeal agreed. The Court relied heavily on the decision of Borins J. in *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, 145 D.L.R. (3d) 164, in which the learned judge stated, at pp. 28-32:

In my view, the proper question to ask relative to the present application is whether it was the intention of Parliament in enacting the *Constitution Act, 1982*, that it apply to criminal conduct engaged in and completed before the Constitution was proclaimed in force on April 17, 1982. In this regard it is important to emphasize that I am concerned only with criminal conduct and with criminal conduct engaged in and completed before the Constitution became the law of Canada. It may well be that criminal conduct engaged in prior to April 17, 1982, but continuing after that date will bring about different considerations. The same may be said about other conduct entered into before April 17, 1982, and continuing thereafter such as, for example, discriminatory practices pursuant to legislation in place on the date of proclamation of the Constitution and now alleged to be repugnant to it.

In approaching the question I find it rather difficult to determine whether an affirmative answer would result in characterizing the Constitution as retroactive or retro-

savoir si la *Charte* était en vigueur au moment du procès. Comme c'était le cas, l'accusé soutient qu'en l'espèce aucune rétroactivité n'est en cause. La Cour doit décider laquelle de ces deux thèses est bien fondée.

La question de l'application rétroactive de la *Charte* n'a pas jusqu'à maintenant été étudiée en profondeur par cette Cour. Plusieurs cours d'appel ont toutefois examiné la question. Dans l'arrêt *R. v. Thorburn* (1986), 26 C.C.C. (3d) 154 (C.A.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait à statuer sur la constitutionnalité du même article du *Code criminel*. À la différence de l'espèce, l'affaire *Thorburn* visait une contestation de la disposition en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Les rapports sexuels avaient eu lieu avant l'entrée en vigueur de l'art. 15. Toutefois, le procès avait débuté deux semaines après l'entrée en vigueur de l'art. 15. La séquence des événements était donc identique: l'acte dont l'accusé était inculpé précédait l'entrée en vigueur de l'article, mais son procès lui était postérieur.

Dans l'affaire *Thorburn*, le ministère public a soutenu que l'accusé ne pouvait dans ces circonstances se fonder sur la *Charte*. La Cour d'appel en a convenu. Elle s'est largement inspirée de la décision du juge Borins dans l'affaire *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, 145 D.L.R. (3d) 164, où il dit, aux pp. 28 à 32:

[TRADUCTION] À mon avis, la bonne question à se poser au sujet de la présente demande est de savoir si le Parlement avait l'intention, en adoptant la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle s'applique à un acte criminel intervenu, mais ayant cessé avant que la Constitution ne soit en vigueur le 17 avril 1982. À cet égard, il est important de souligner que je ne m'intéresse qu'à l'acte criminel et qu'à l'acte intervenu mais ayant cessé avant que la Constitution ne devienne la loi fondamentale du Canada. Il se peut qu'un acte criminel intervenu avant le 17 avril 1982, mais se poursuivant après cette date, fasse jouer des considérations différentes. Il pourrait en être de même pour d'autres actes antérieurs au 17 avril 1982, mais se prolongeant par la suite, par exemple, les pratiques discriminatoires fondées sur la législation en vigueur le jour de la proclamation de la Constitution dont on prétendrait maintenant qu'elle la contredit.

En abordant la question, il me paraît plutôt difficile de décider si une réponse affirmative aurait pour résultat de qualifier la Constitution de législation rétroactive

spective legislation, as these words are defined by Driedger, "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections", 56 Can. Bar Rev. 264 (1978), and adopted by Doherty, "What's Done is Done: An Argument in Support of a Purely Prospective Application of the Charter of Rights", 26 C.R. (3d) 121 (1982). Indeed, it may be that the Constitution defies strict doctrinal characterization as either exclusively retroactive, retrospective or prospective legislation for, as I suggested in the preceding paragraph, different facts may produce different interpretations. The operation of the Constitution in different cases will no doubt involve quite different considerations.

With respect to the defendant's motion to quash their indictment, it is my opinion that it must fail on the ground that the Constitution has no application to criminal conduct engaged in and completed before the Constitution was proclaimed in force. The Constitution cannot be applied to support a declaration that the law pursuant to which an offence is alleged to have been committed was inconsistent with the provisions of the Constitution when the offence was completed before the Constitution was in force.

A similar conclusion was reached by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Lucas* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229 (Ont. C.A.) The material facts in *Lucas* were identical to those in *Thorburn*. The Ontario Court of Appeal held that the accused could not invoke the *Charter*. The following excerpts from the decision, at pp. 236-38, explain the Court's position:

As far as the cases before us are concerned I do not think that it would be justifiable, in principle or policy, to hold that s. 15 should be applicable to them. The basic argument in support of its applicability is the simple one that if s. 15 is in force before the conclusion of the proceedings and if its effect is that the provision under which the respondents are being prosecuted is unconstitutional, then the respondents should have the benefit of it even if this is, in effect, the application of new substantive law to past events. While I appreciate that the consideration of the superior nature of the *Charter* could be called in aid of this approach, it is an approach that could be applied, quite simply, in many cases involving pre-*Charter* facts and it is reasonably clear that it has not been so applied. I think that the decisions in applying, in the main, the traditional principles relating to the possible retrospective application of

ou rétrospective, au sens que donne à ces termes Driedger dans son article intitulé «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections», 56 R. du B. can. 264 (1978), et adopté par Doherty dans son article, «What's Done is Done»: An Argument in Support of a Purely Prospective Application of the Charter of Rights», 26 C.R. (3d) 121 (1982). En vérité, il se peut que la Constitution défie toute qualification doctrinale stricte comme étant une législation exclusivement rétroactive, rétrospective ou prospective car, comme je l'ai avancé dans l'alinéa précédent, des faits différents peuvent conduire à des interprétations différentes. La façon dont jouera la Constitution dans des cas différents mènera sans aucun doute à des considérations fort différentes.

Pour ce qui est de la requête des défendeurs en cassation de leur acte d'accusation, je suis d'avis qu'elle doit être rejetée, pour le motif que la Constitution n'a aucune application dans le cas d'un acte criminel intervenu, mais ayant cessé, avant que la Constitution ne soit en vigueur. On ne saurait avoir recours à la Constitution comme fondement d'une déclaration que la loi sur laquelle on se fonde pour prétendre qu'une infraction a été commise était incompatible avec les dispositions de la Constitution, lorsque l'infraction a été entièrement perpétrée avant que la Constitution ne soit en vigueur.

La Cour d'appel de l'Ontario arrive à une conclusion semblable dans l'arrêt *R. v. Lucas* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229 (C.A. Ont.) Les faits pertinents dans l'affaire *Lucas* sont identiques à ceux de l'affaire *Thorburn*. La Cour d'appel a jugé que l'accusé ne pouvait invoquer la *Charte*. Les extraits suivants de l'arrêt, aux pp. 236 à 238, expliquent la position de la Cour:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les affaires dont nous sommes saisis, je ne pense pas qu'il serait justifiable, en principe ou comme politique, de juger que l'art. 15 devrait leur être applicable. L'argument de base en faveur de cette applicabilité est simplement que, si l'art. 15 était en vigueur avant que l'instance n'arrive à son terme et s'il avait pour effet d'entraîner l'inconstitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle les intimés sont poursuivis, il devrait profiter aux intimés même si cela équivaut, en fait, à appliquer une nouvelle règle de droit positif à des événements passés. Tout en reconnaissant que la supériorité de nature de la *Charte* pourrait être invoquée pour venir en aide à cette façon de voir, il s'agit là, purement et simplement, d'une conception qui pourrait être appliquée à de nombreux cas mettant en cause des faits antérieurs à la *Charte*, or il est raisonnablement clair qu'elle n'a pas été appliquée ainsi. Je pense

statutes have fairly resolved the issues in a manner that is probably consonant with the intention of the framers of the Charter and with considerations of even-handed justice.

I think that to go this far would be an unwarranted application of the Charter to past events. There are often potential examples of injustice on either side of the line when a new law comes into effect. It is no more easy to do perfect justice in this area of the law than many others but, by and large, the traditional rules relating to the prospective and retrospective application of new law have arrived at a reasonable compromise of the interests of justice — including the important factor of predictability.

In *McDonald* it was observed that it is logical and fair that people should be dealt with in accordance with the law in effect at the time of their acts (see pp. 340 and 349 C.C.C., pp. 755-6 and 764-5 O.R.). In this respect I have in mind those persons who committed the same offence that the respondents are alleged to have committed at about the same time but whose proceedings, for one reason or another, were completed before s. 15 came into force. To give effect to the respondents' contentions on this point would indicate that these people would be better off if, somehow or other, the completion of their cases could have been delayed until April 17, 1985. In this respect the following passage in *McDonald* (at pp. 352-3 C.C.C., p. 768 O.R.), albeit in that case it was concerned with whether the phase-in provision in the *Young Offenders Act* contravened s. 15, is relevant:

Not only would this (the contention of the respondent that unfinished adult court proceedings against 16 and 17-year-olds should be transferred to a youth court on and after April 17, 1985) result in a substantial and unplanned-for increase in the youth court case-load and, in many cases, in legal confusion and substantially increased expenses (I do not suggest that the latter in itself is a valid Charter consideration), it would also impinge upon the principle that we are concerned with in this appeal, that of equality. Persons of the same age who committed offences during the same period when a particular law was in force describing the consequences relating to a conviction, would not be treated equally. The distinction, depending on whether the proceedings were finally terminated before or after April 17, 1985, would be an arbi-

que les décisions où l'on a appliqué, pour l'essentiel, les principes traditionnels relatifs à l'éventuelle application rétroactive des lois ont équitablement résolu les litiges d'une manière qui était sans doute conforme à l'intention des auteurs de la Charte et aux exigences de l'équité.

Je pense qu'aller aussi loin serait une application injustifiée de la Charte à des événements passés. Il y a souvent des exemples d'éventuelle injustice de part et d'autre lorsqu'une nouvelle règle de droit entre en vigueur. Il n'est guère plus facile de rendre une justice parfaite dans ce domaine du droit que dans bien d'autres mais, somme toute, les règles traditionnelles de l'application prospective et rétroactive d'une nouvelle loi ont instauré un compromis raisonnable entre les intérêts de la justice, y compris l'important facteur de la prévisibilité.

Dans l'arrêt *McDonald*, on a fait observer qu'il est logique et juste que l'on traite les gens conformément à la loi en vigueur au moment de leurs actes (voir pp. 340 et 349 C.C.C., pp. 755 et 756 et 764 et 765 O.R.). À cet égard, je pense à ceux qui ont commis les mêmes infractions que celles dont les intimés sont accusés, à peu près au même moment, mais dont le procès, pour une raison ou une autre, s'est terminé avant que l'art. 15 n'entre en vigueur. Donner suite aux arguments des intimés sur ce point démontrerait que ces personnes auraient eu un meilleur sort si, pour une raison ou une autre, il avait été possible dans leur cas de retarder les poursuites jusqu'au 17 avril 1985. Quoique l'affaire *McDonald* ait visé à déterminer si la disposition d'instauration progressive de la *Loi sur les jeunes contrevenants* contrevenait à l'art. 15, le passage suivant de cet arrêt (aux pp. 352 et 353 C.C.C., p. 768 O.R.), est pertinent:

Non seulement cela (la prétention de l'intimé qu'une poursuite en cours devant le tribunal de droit commun, contre des jeunes de 16 et 17 ans, devait être renvoyée au tribunal de la jeunesse à compter du 17 avril 1985) aurait pour résultat de surcharger sérieusement et de manière imprévue le rôle du tribunal de la jeunesse et, dans bien des cas, de semer la confusion sur le plan juridique et d'accroître substantiellement les dépenses (je ne prétends pas que, dans ce dernier cas, ce soit là un facteur valide d'interprétation de la Charte), mais cela se heurterait aussi au principe qui nous intéresse dans le présent appel, celui de l'égalité. Des personnes du même âge qui commettent des infractions au cours de la même période, alors qu'une loi particulière est en vigueur, décrivant les conséquences qu'entraînerait une déclaration de culpabilité,

trary and capricious one. It would turn the administration of justice into a game and would ignore the important principle of justice that equals should receive equal treatment. Also, if such were the rule it would provide a strong incentive to indulge in improper tactics to delay proceedings that would not be countenanced by a responsible legislator.

The respondent asks us to ignore those persons in the same position as he is, except for the fact that their cases were concluded before April 17, 1985, on the short ground that they are not before the Court. Quite simply, a fair and sensible approach to the problem before us, one that pays due regard to the integrity of the law, requires their position to be taken into account.

I think that this consideration bears squarely on the fairness of the application of the traditional rules to the retrospectivity issue in these cases.

A number of decisions of this Court have addressed the retrospective application of the *Charter* but none seem to me to be determinative of the issue in the present appeal. In *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, this Court expressed the view in *obiter* that the procedures to be followed at a hearing are to be determined by the law as it existed at the time of the hearing. The issue arose because the rulings of the Hearing Officer which were being challenged under the *Charter* in that case were all made before the *Charter* came into force. *Irvine*, however, did not settle the issue of whether an accused can invoke the *Charter* when the *Charter* was not in force at the time of the accused's conduct but was in force at the time of the accused's trial.

The retrospective application of s. 15 was discussed by this Court in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Dickson C.J., writing for the majority, stated, at p. 786:

No cogent argument was advanced in support of the availability of s. 15 to challenge the conviction of the retailers in the present case. Section 32(2) is clear:

ne seraient pas traitées également. La distinction, selon que les procédures se sont terminées avant ou après le 17 avril 1985, serait arbitraire et frivole. Elle ferait de l'administration de la justice un jeu et ne tiendrait pas compte de cet important principe de justice qui veut que des égaux soient traités également. Aussi, si telle était la règle, elle constituerait une forte incitation à se permettre certaines tactiques répréhensibles pour retarder l'instance, tactiques que ne saurait cautionner aucun législateur responsable.

L'intimé nous demande d'ignorer ceux qui sont dans la même situation que lui, si ce n'est le fait que leurs affaires se sont terminées avant le 17 avril 1985, pour le motif plutôt sommaire, qu'ils ne sont pas parties à l'instance. Une approche juste et sensée du problème dont nous sommes saisis, respectueuse de l'intégrité de la loi, exige de tenir compte de leur situation, tout simplement.

Je pense que cette considération porte nettement sur l'équité de l'application des règles traditionnelles à la question de la rétroactivité dans ces affaires.

Plusieurs arrêts de cette Cour se sont penchés sur l'application rétroactive de la *Charte*, mais, à mon avis, aucune n'a tranché la question en litige dans le présent pourvoi. Dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, cette Cour a exprimé l'avis, en *obiter*, que la procédure à suivre à une audience doit être établie selon le droit existant au moment de l'audience. La question s'est posée parce que les décisions de l'officier enquêteur, contestées en vertu de la *Charte* dans cette affaire, avaient toutes été rendues avant que la *Charte* n'entre en vigueur. Cependant, l'arrêt *Irvine* n'a pas réglé la question de savoir si un inculpé peut invoquer la *Charte* alors que celle-ci n'était pas en vigueur au moment où il a perpétré l'acte en cause, mais l'était à l'époque de son procès.

L'application rétroactive de l'art. 15 a été étudiée dans l'arrêt de cette Cour *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Le juge en chef Dickson, écrivant au nom de la majorité, dit à la p. 786:

Aucun argument convaincant n'a été invoqué à l'appui de la possibilité de recourir à l'art. 15 pour contester la déclaration de culpabilité des détaillants dans les présentes espèces. Le paragraphe 32(2) est clair:

32. ...

(2) Notwithstanding subsection (1), section 15 shall not have effect until three years after this section comes into force.

The retailers in the present appeals opened their stores, were charged and were convicted at a time when the *Charter* did not confer a right to equality before and under the law. Even if it could be said that the *Retail Business Holidays Act* has abridged the retailers' s. 15 rights since April 17, 1985, I cannot see how this might have any bearing on the legality of their convictions or of the Act prior to that time. The proceedings began and continued through the courts as quasi-criminal proceedings. This is not a reference nor even a series of applications for declaratory relief. Accordingly, no answer ought to be given to the second constitutional question in respect of s. 15.

It is apparent that *Edwards Books* does not answer the question raised by the present appeal. It stands for the proposition that one cannot rely on a right guaranteed by the *Charter* if the *Charter* was not in force when one was tried and convicted. In this appeal the *Charter* was in force at the time of Stevens' trial.

In *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, the central issue was whether s. 8 of the *Charter* applied to conduct that took place prior to the coming into force of the *Charter*. The Ontario Court of Appeal held that it did not: see *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1. This Court, in a short oral judgment, affirmed the judgment of the Ontario Court of Appeal.

Is the *James* case determinative of the issue in the present appeal? It seems to me that it is not. While this Court has affirmed in *James* that conduct taking place prior to the coming into force of the *Charter* cannot constitute a violation of the *Charter* so as to give rise to a remedy under s. 24 of the *Charter*, the question whether s. 7 may be invoked at a trial post-*Charter* in relation to pre-*Charter* events is still an open question in this Court.

The same may be said of the decision of this Court in *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 332. The accused in that case were Coast Salish Indians charged with hunting deer out of season contrary to the *Wildlife Act*, S.B.C. 1966,

32. ...

(2) Par dérogation au paragraphe (1), l'article 15 n'a d'effet que trois ans après l'entrée en vigueur du présent article.

^a En l'espèce, les détaillants ont ouvert leurs magasins, ont été inculpés et déclarés coupables à une époque où la *Charte* ne conférait pas de droit à l'égalité devant la loi. Même si on pouvait dire que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte atteinte aux droits que les détaillants possèdent, en vertu de l'art. 15, depuis le 17 avril 1985, je ne vois pas comment cela pourrait avoir quelque incidence sur la légalité de leurs déclarations de culpabilité ou de la Loi avant cette date. Les procédures ont été engagées et se sont déroulées devant les tribunaux comme des procédures quasi criminelles. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un renvoi ni même d'une série de demandes de jugement déclaratoire. En conséquence, nous n'avons pas à répondre à la seconde question constitutionnelle en ce qui concerne l'art. 15.

^d Il est évident que l'arrêt *Edwards Books* ne répond pas à la question que pose le présent pourvoi. Il signifie qu'on ne saurait se fonder sur un droit garanti par la *Charte* si la *Charte* n'était pas en vigueur au moment du procès et de la déclaration de culpabilité. En l'espèce, la *Charte* était en vigueur au moment du procès de Stevens.

^f Dans l'affaire *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, la question principale était de savoir si l'art. 8 de la *Charte* s'appliquait à un acte antérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il ne s'appliquent pas: voir *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1. Cette Cour, dans un bref jugement oral, a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario.

^h L'arrêt *James* résout-il le présent litige? Je ne le pense pas. Quoique la Cour ait confirmé dans l'arrêt *James* qu'un acte antérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte* ne peut pas constituer une violation de la *Charte* et donner ouverture à réparation selon l'art. 24 de la *Charte*, la Cour doit encore déterminer si on peut invoquer l'art. 7 à un procès postérieur à la *Charte* relativement à des événements antérieurs à celle-ci.

^j On peut en dire autant de l'arrêt de cette Cour *Jack et Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332. Les inculpés dans cette affaire étaient des Indiens Salish de la Côte accusés d'avoir chassé le cerf hors saison, en infraction à la *Wildlife Act*, S.B.C.

c. 55. They argued that the burning of raw deer meat was required by their religion as part of a religious ceremony. They asserted their freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*. The Court held that the accused could not invoke the *Charter* because as Beetz J. writing for the Court explained, at p. 338:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been enacted at the time the offence was committed.

It should be noted that the trial also pre-dated the coming into force of the *Charter*. It was not open, therefore, to the accused in this case to allege a violation of any trial-related *Charter* right.

In *Jack and Charlie* the alleged infringement of the *Charter* consisted in the prohibition of conduct that the accused argued was protected by freedom of religion in s. 2(a) of the *Charter*. It made good sense, therefore, to ask whether the conduct was constitutionally protected at the time it took place. It clearly was not. In the present case, however, the appellants allege a violation of s. 7. Section 7 states:

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.

The structure of the section, it seems to me, militates against having the protection of the right hinge upon whether the *Charter* was in force at the time of the accused's conduct. Rather, the section seems to direct one to the point of time at which someone is about to be deprived of his or her life, liberty or security of the person. It is the projected deprivation which triggers the application of s. 7. We must ask therefore whether, at the time of the projected deprivation of the accused's right to liberty, that deprivation would be in accordance with the principles of fundamental justice or not.

What is it, we must ask, that makes the accused vulnerable to the loss of his liberty in a way which does not accord with fundamental justice? Is it the conduct which gave rise to the charge? Clearly not. There is nothing fundamentally unjust in imprisoning a person convicted of having inter-

1966, chap. 55. Ils ont fait valoir que leur religion leur prescrit de brûler de la viande de cerf crue au cours d'une cérémonie religieuse. Ils ont revendiqué leur liberté de religion en vertu de l'al. 2a) de la *Charte*. La Cour a jugé que les accusés ne pouvaient invoquer la *Charte* parce que, comme le juge Beetz l'explique au nom de la Cour, à la p. 338:

La *Charte canadienne des droits et libertés* n'avait pas été adoptée à l'époque de la perpétration de l'infraction.

Il faut souligner que le procès avait aussi eu lieu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Les accusés dans cette affaire ne pouvaient donc pas alléguer de violation de droits garantis par la *Charte* relativement au procès.

Dans l'arrêt *Jack et Charlie*, la prétendue atteinte à la *Charte* consistait en l'interdiction d'un acte que les inculpés prétendaient protégé par la liberté de religion prévue à l'al. 2a) de la *Charte*. Il était donc raisonnable de se demander si l'acte jouissait d'une protection constitutionnelle au moment où il a été accompli. Il ne l'était nettement pas. En l'espèce, toutefois, les appelants font valoir une violation de l'art. 7. L'article 7 porte:

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.

L'économie de l'article, me semble-t-il, milite à l'encontre de la protection d'un droit selon que la *Charte* est ou non en vigueur au moment où intervient l'acte de l'accusé. L'article semble plutôt indiquer le moment où on est sur le point de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de quelqu'un. C'est la menace d'atteinte qui déclenche l'application de l'art. 7. Nous devons donc nous demander si, au moment où il y a eu menace d'atteinte au droit à la liberté de l'accusé, cette atteinte était conforme aux principes de justice fondamentale.

Nous devons nous demander ce qui met l'accusé en péril de perdre sa liberté d'une manière qui n'est pas conforme à la justice fondamentale. Est-ce l'acte qui a donné lieu à l'accusation? Manifestement non. Il n'y a rien de fondamentalement injuste à emprisonner un individu reconnu

course with a female person who is under the age of fourteen and who is not his wife. What is fundamentally unjust, the accused alleges, is to deny him the defence of mistake of fact at his trial, to prevent him from adducing evidence to show that he had no *mens rea*, no guilty mind, but *bona fide* believed that the girl was over fourteen. It is the trial, he alleges, which does not comport with the principles of fundamental justice by exposing him to conviction and imprisonment on the basis of proof of the *actus reus* alone. The *Charter* was in full force and effect at the time of the trial. No issue of retrospectivity is therefore raised.

The accused finds some support for his position in this Court's judgment in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350. The issue in *Dubois* was whether evidence given by the accused in his previous trial could be used against him in a new trial ordered by the court. The accused successfully argued that allowing such evidence to be admitted would violate his right under s. 13 of the *Charter*. The Crown, noting that the original trial had taken place pre-*Charter*, argued that the accused was attempting to have the *Charter* applied retrospectively. The Court unanimously rejected this argument, concluding that an application of s. 13 of the *Charter* may take pre-*Charter* events into account without constituting a retrospective application of the *Charter*. As Lamer J. stated for the majority, at p. 359:

In my view, s. 13 is not being given in this case a retrospective effect. As I have indicated earlier, s. 13 guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings. That right came into force on April 17, 1982, the date of the coming into force of the *Charter*. However, given the nature and purpose of the right, it inures to an individual at the moment an attempt is made to utilize previous testimony to incriminate him or her. The time at which the previous testimony was given is irrelevant for the purpose of determining who may or may not claim the benefit of s. 13. As of April 17, 1982, all persons acquired the right not to have evidence previously given used to incriminate them. The protection accorded by the right is related not to the moment the

coupable d'avoir eu des relations sexuelles avec une personne du sexe féminin, âgée de moins de quatorze ans, qui n'est pas son épouse. Ce qui est fondamentalement injuste, soutient l'accusé, c'est de lui dénier la défense d'erreur de fait à son procès, de lui interdire de produire des preuves pour démontrer qu'il n'avait pas la *mens rea*, qu'il n'avait aucune intention coupable, mais qu'il a cru de bonne foi que la jeune fille avait plus de quatorze ans. C'est le procès, prétend-il, qui ne respecte pas les principes de justice fondamentale en l'exposant à une déclaration de culpabilité et à l'emprisonnement sur le fondement de la preuve de l'*actus reus* seulement. La *Charte* était effectivement en vigueur à l'époque du procès. Aucune question de rétroactivité ne se pose donc.

L'accusé trouve un certain appui pour sa position dans l'arrêt de cette Cour *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350. Dans l'affaire *Dubois*, il fallait déterminer si le témoignage donné par l'accusé à son procès précédent pouvait être utilisé contre lui dans un nouveau procès ordonné par le tribunal. L'accusé a soutenu avec succès qu'autoriser l'admission de ce témoignage violerait le droit que lui confère l'art. 13 de la *Charte*. Le ministère public, rappelant que le premier procès avait eu lieu avant la *Charte*, a fait valoir que l'accusé tentait de faire appliquer la *Charte* rétroactivement. La Cour a rejeté cet argument à l'unanimité et a conclu qu'en appliquant l'art. 13 de la *Charte* on pouvait tenir compte d'événements antérieurs à celle-ci sans qu'on l'applique rétroactivement. Comme le juge Lamer le dit au nom de la majorité, à la p. 359:

À mon avis, l'art. 13 ne reçoit pas en l'espèce une interprétation lui donnant un effet rétroactif. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'art. 13 garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. Ce droit s'applique depuis le 17 avril 1982, date de l'entrée en vigueur de la *Charte*. Toutefois, étant donné la nature et le but du droit, il s'applique à un individu dès le moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour l'incriminer. La date du témoignage antérieur n'est pas pertinente aux fins de déterminer qui peut ou non réclamer la protection de l'art. 13. Le 17 avril 1982, toutes les personnes ont acquis le droit de ne pas voir les témoignages donnés antérieurement utilisés pour les incriminer. La protection accordée par le droit ne se

testimony is given, but to the moment at which an attempt is made to use that evidence in an incriminating fashion. [Emphasis added.]

Likewise, in the present appeal, the protection accorded by s. 7 is not related to the time of the accused's conduct, but to the time when he is denied the opportunity to put forward his defence of honest mistake of fact. This is when he becomes vulnerable to the loss of his liberty in a way which offends the principles of fundamental justice. And this takes place at his trial post-*Charter*.

It does unquestionably follow from this conclusion, as the respondent points out, that two people who engaged in the same conduct on the same day will have different protection at their trials depending upon whether their trials occur before or after the coming into force of s. 7. One will be permitted to advance the defence of honest mistake of fact and the other will not. It seems to me, however, that this is mandated by the fact that the real impact of the impugned words in s. 146(1) is experienced for the first time at trial. It is at his trial that an accused is confronted with the potential loss of his liberty in a way which offends the principles of fundamental justice, i.e., by being convicted of a criminal offence on the basis of proof of the *actus reus* alone. In the pre-*Charter* era there was no constitutional impediment to denying the accused a mistake of fact defence. But with the advent of s. 7 of the *Charter* such a denial became unconstitutional as a violation of the principles of fundamental justice. An accused could not thereafter be convicted and imprisoned under an unconstitutional provision. It follows from this that there will inevitably be a disparity of treatment between the two accused depending on their dates of trial. It does not, however, seem to me to be an acceptable solution to such disparity to deprive the accused whose trial post-dates the *Charter* of his *Charter* protection in order to achieve the same result in each case.

In determining whether retrospective effect should be given to new or amending legislation a distinction is made at common law between matters of substance and matters of procedure. It is necessary to review the common law in this respect

rapporte pas au moment où le témoignage est donné, mais au moment où l'on tente d'utiliser ce témoignage d'une manière incriminante. [Je souligne.]

De même, en l'espèce, la protection qu'accorde l'art. 7 n'est pas liée au moment où est intervenu l'acte de l'accusé, mais à celui où on lui dénie l'opportunité de faire valoir sa défense d'erreur de fait de bonne foi. C'est alors qu'il risque d'être privé de sa liberté d'une manière qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale. Et cela a lieu à son procès, après la *Charte*.

Il en découle indubitablement, comme le signale l'intimée, que deux individus qui ont accompli le même acte le même jour jouiront d'une protection différente à leurs procès, selon que ceux-ci ont lieu avant ou après l'entrée en vigueur de l'art. 7. Il sera permis à l'un de plaider l'erreur de fait de bonne foi et non à l'autre. Il me semble, cependant, que c'est ce qu'exige le fait que le passage du par. 146(1) actuellement en cause a un effet réel pour la première fois au procès. C'est à son procès qu'un inculpé risque d'être éventuellement privé de sa liberté d'une manière qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale, c.-à-d., en étant reconnu coupable d'une infraction criminelle sur le fondement de la preuve de l'*actus reus* seulement. Dans l'ère qui a précédé la *Charte*, aucune entrave constitutionnelle ne s'opposait à ce qu'un inculpé se voit dénier la défense d'erreur de fait. Mais, avec l'avènement de l'art. 7 de la *Charte*, ce déni devient inconstitutionnel car il constitue une violation des principes de justice fondamentale. Un inculpé ne peut subséquemment être reconnu coupable et emprisonné en vertu d'une disposition inconstitutionnelle. Il s'ensuit qu'il y aura inévitablement disparité de traitement entre deux inculpés en fonction de la date de leur procès. Il ne me semble pas, cependant, que, pour supprimer cette disparité, il soit acceptable de priver l'inculpé dont le procès est postérieur à la *Charte* de la protection qu'elle lui accorde, afin d'arriver au même résultat dans chaque cas.

On fait une distinction en *common law* entre les questions de fond et les questions de procédure quand on décide s'il faut donner un effet rétroactif à une nouvelle loi ou à une modification législative. Il est nécessaire d'examiner la *common law* à cet

and decide whether or not it has any application to rights under the *Charter*.

The general rule is stated in *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., at p. 215, as follows:

It is a fundamental rule of English law that no statute shall be construed to have a retrospective operation unless such a construction appears very clearly in the terms of the Act, or arises by necessary and distinct implication.

However, it is not always easy to determine whether the statute discloses an intent that it operate retrospectively or gives rise to a necessary implication to that effect. *Craies on Statute Law*, 7th ed., at p. 387, says that a statute is retrospective if it:

... takes away or impairs any vested right acquired under existing law, or creates a new obligation, or imposes a new duty, or attaches a new disability in respect to transactions or considerations already past.

Other statutes, although they may relate to acts or events which are past, are not retrospective in the sense in which the word is used for purposes of the common law rule. These statutes may be prospective in the sense that they operate forwards although they look backwards. They attach new consequences for the future to events that took place in the past before the statute was enacted.

At common law procedural statutes were traditionally treated as an exception to the presumption against retrospective operation. Such statutes applied retrospectively unless there was some special reason why they should not. In *Maxwell*, *supra*, the rule is stated as follows, at p. 222:

The presumption against retrospective construction has no application to enactments which affect only the procedure and practice of the courts. No person has a vested right in any course of procedure, but only the right of prosecution or defence in the manner prescribed for the time being, by or for the court in which he sues, and if an Act of Parliament alters that mode of procedure, he can only proceed according to the altered mode. "Alterations in the form of procedure are always retrospective, unless there is some good reason or other why

égard et de décider si elle a quelque application dans le cas des droits conférés par la *Charte*.

La règle générale est énoncée dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., à la p. 215:

[TRADUCTION] Le droit anglais pose pour règle fondamentale que nulle loi ne doit s'interpréter comme ayant un effet rétroactif, à moins qu'une telle interprétation ne ressorte clairement du texte de la loi ou ne s'impose comme inéluctable.

Cependant, il n'est pas toujours facile de déterminer s'il ressort d'une loi qu'on a voulu lui donner un effet rétroactif ou s'il en découle implicitement qu'elle doit nécessairement avoir cet effet. *Craies on Statute Law*, 7th ed., à la p. 387, dit qu'une loi est rétroactive si elle:

[TRADUCTION] ... supprime ou réduit tout droit acquis en vertu de la loi existante, ou crée une nouvelle obligation, ou impose un nouveau devoir, ou attache une nouvelle incapacité au regard d'activités ou de considérations passées.

D'autres lois, quoiqu'elles puissent avoir rapport à des actes ou des événements passés, ne sont pas rétroactives dans le sens où le terme est utilisé pour les fins de la règle de *common law*. Ces lois peuvent être prospectives, en ce sens qu'elles opèrent dans l'avenir, quoiqu'elles regardent vers le passé. Elles attachent de nouvelles conséquences pour l'avenir à des événements qui ont eu lieu dans le passé, avant que la loi ne soit adoptée.

En *common law*, les lois procédurales ont traditionnellement été traitées comme des exceptions à la présomption de non-rétroactivité. Ces lois s'appliquaient rétroactivement à moins qu'il n'y ait quelque raison particulière qui l'interdise. Dans *Maxwell*, précité, la règle est énoncée comme suit, à la p. 222:

[TRADUCTION] La présomption de non-rétroactivité n'a aucune application aux textes qui n'ont d'effet que sur la procédure et la pratique des tribunaux. Personne n'a un droit acquis à un genre de procédure, on n'a que le droit de poursuivre ou de se défendre de la manière prescrite actuellement par le tribunal ou pour celui-ci devant lequel on agit et, si une loi du Parlement change ce mode de procédure, on ne peut ester que conformément au nouveau mode. «Les changements dans la forme de la procédure sont toujours rétroactifs, à moins qu'il

they should not be.” (*Gardner v. Lucas* (1878) 3 App. Cas. 582, *per* Lord Blackburn at p. 603.)

Commenting on the common law presumption against retrospective operation and its exception in the case of procedural statutes, Professor William Black in “Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events,” [1982] *U.B.C. L.R.* 59 (*Charter Edition*), states, at p. 65:

It is usually said that the presumption against retrospective operation does not apply to procedural statutes and that such statutes operate retrospectively unless there is some special reason why they should not. On this basis, courts apply procedural rules after they are enacted even though the proceedings concern an event that occurred before enactment. This rule usually leads to a sound result, but it seems more sensible to base the conclusion on the ground that the law is being applied prospectively and that no special presumption is required. If a statute governs the way a hearing is conducted or a decision is made, it seems best to classify it as retrospective only if the hearing or decision occurs before the statute comes into effect. It is hard to see why the date of the event giving rise to the litigation should govern. For example, a statute that changes the onus of proof would be classified as prospective if applied to a trial taking place after the statute is enacted even though the trial is about a prior event. [Emphasis added.]

Professor Côté agrees that the immediate application of procedural enactments is improperly characterized as retrospective just because the enactments are being applied to events that have already taken place. The application is immediate or prospective: see Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, at p. 135 *et seq.* This would appear to be the more modern approach.

This approach was followed by this Court in *Regional Assessment Commissioner, Region No. 13 v. Downtown Oshawa Property Owners' Association*, [1978] 2 S.C.R. 1030. In that case a law was passed that altered the basis upon which property values were to be assessed. The Supreme Court had to decide whether the new law applied to proceedings that had already commenced before the new law was passed. The Court concluded that it did, stating, at p. 1034:

n’y ait quelque bonne raison pour qu’ils ne le soient pas.» (*Gardner v. Lucas* (1878) 3 App. Cas. 582, lord Blackburn, à la p. 603.)

Commentant la présomption de *common law* de non-rétroactivité et son exception dans le cas des lois procédurales, le professeur William Black, dans «Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events,» [1982] *U.B.C. L.R.* 59 (*Charter Edition*), dit à la p. 65:

[TRADUCTION] On dit d’ordinaire que la présomption de non-rétroactivité ne s’applique pas aux lois procédurales et que ces lois ont un effet rétroactif, à moins qu’il n’y ait quelque raison l’interdisant. Ainsi, les tribunaux appliquent les règles de procédure dès leur adoption, même si la procédure vise un événement qui s’est produit avant cette adoption. Cette règle donne habituellement un bon résultat, mais il semble plus sensé de fonder cette conclusion sur le fait que la loi est appliquée prospectivement et qu’aucune présomption spéciale n’est requise. Si une loi régit la façon dont une audition doit être menée ou une décision prise, il semblerait plus juste de la qualifier de rétroactive seulement si l’audition ou la décision ont eu lieu avant que la loi n’entre en vigueur. Il est difficile de comprendre pourquoi la date de l’événement qui a donné lieu au litige devrait être décisive. Par exemple, une loi qui déplace la charge de la preuve sera qualifiée de prospective quand elle s’applique à un procès tenu après l’adoption de la loi, même si le procès porte sur un événement antérieur. [Je souligne.]

Le professeur Côté reconnaît que l’application immédiate des lois procédurales est à tort qualifiée de rétroactive pour la seule raison qu’elles sont appliquées à des événements qui ont déjà eu lieu. L’application est immédiate ou prospective: voir Côté, *Interprétation des lois* (1982), à la p. 147 *et* suiv. Il semblerait que ce soit là la conception la plus moderne.

Cette Cour a emprunté cette conception dans l’arrêt *Le Commissaire régional à l’évaluation, région numéro 13 c. Downtown Oshawa Property Owners' Association*, [1978] 2 R.C.S. 1030. Dans cette affaire, une nouvelle loi modifiait l’assiette de l’évaluation foncière. La Cour suprême avait à décider si la nouvelle loi s’appliquait aux instances engagées avant qu’elle ne soit adoptée. La Cour a conclu qu’elle s’appliquait, disant aux pp. 1033 *et* 1034:

The plain meaning of the words of s. 90 is that the criteria so set out should apply to a series of bodies including the Ontario Municipal Board at the time when each tribunal decides an assessment appeal. It is simply not a question of retroactivity at all.

However, in other comparable cases this Court has not viewed the operation of the provision as prospective but has relied on the exception permitting retrospective operation of procedural statutes in order to apply the provision: see especially *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403.

Professor Black concludes, at p. 66, of his article:

Whether a statute is treated as prospective or as an exception to the presumption against retrospectivity, there is general agreement as to the result; procedural statutes apply whether or not the events at issue in the proceeding (the crime or tort, for example) occurred before the statute was enacted.

Should the interpretation of the *Charter* be guided by these rules of statutory construction? Or are there material differences between the *Charter* and ordinary legislation which makes them inappropriate? The most fundamental difference is that while many statutes impose penalties, duties or disabilities on citizens, the *Charter* guarantees rights. *Maxwell, supra*, points out, at p. 218, that the presumption against retrospective operation has traditionally been applied in cases where retrospective operation "would prejudicially affect vested rights or the legality of past transactions, or would impair contracts, or would impose new duties or attach new disabilities in respect of past transactions". These considerations do not apply where a citizen is asserting a *Charter* right.

Mr. Elmer Driedger in his article "The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint" (1977), 9 *Ottawa L.R.* 303, opined that the presumption against retrospective operation ought not to apply to the *Canadian Bill of Rights*. He said, at p. 307:

There is a presumption against the retrospective operation of statutes; but the prospective application of the

Le texte de l'art. 90 signifie simplement que les critères y énoncés doivent s'appliquer à une série d'organismes, dont la Commission municipale de l'Ontario, lorsqu'ils tranchent un appel en matière d'évaluation. Ce n'est en rien une question de rétroactivité.

Toutefois, dans des affaires comparables, cette Cour n'a pas considéré que la disposition avait un effet prospectif, mais s'est fondée sur l'exception permettant aux lois procédurales d'avoir un effet rétroactif pour appliquer la disposition: voir spécialement l'arrêt *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403.

Le professeur Black conclut, à la p. 66 de son article:

[TRADUCTION] Que l'on considère une loi comme prospective ou comme une exception à la présomption de non-rétroactivité, il y a consensus quant au résultat; les lois procédurales s'appliquent que les événements en cause dans l'instance (le crime ou le délit, par exemple) se soient ou non produits avant l'adoption de la loi.

L'interprétation de la *Charte* doit-elle être guidée par ces règles d'interprétation législative? Ou existe-t-il des différences appréciables entre la *Charte* et la législation ordinaire qui les rendent inappropriées? La différence la plus fondamentale tient à ce que, alors que de nombreuses lois imposent des peines, des obligations ou des incapacités aux citoyens, la *Charte* garantit des droits. *Maxwell, précité*, fait observer, à la p. 218, que la présomption de non-rétroactivité a traditionnellement été appliquée dans des cas où la rétroactivité [TRADUCTION] «aurait un effet préjudiciable sur des droits acquis ou sur la légalité d'activités passées, compromettrait des contrats ou imposerait de nouvelles obligations ou attacherait de nouvelles incapacités au regard d'activités passées». Ces considérations n'ont pas d'application lorsqu'un citoyen revendique un droit garanti par la *Charte*.

M^e Elmer Driedger, dans son article intitulé «The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint» (1977), 9 *Ottawa L.R.* 303, est d'avis que la présomption de non-rétroactivité ne devrait pas s'appliquer à la *Déclaration canadienne des droits*. Il dit, à la p. 307:

[TRADUCTION] Il existe une présomption de non-rétroactivité des lois; mais l'application prospective de la

Bill of Rights to a statute in existence when the Bill became law is not a retrospective operation. There is also a presumption against interference with vested rights; but the Bill of Rights gives rights, rather than interferes with them.

The same is, of course, true of the *Charter*.

However, it seems to me that the decision as to whether *Charter* provisions operate retrospectively will no doubt mirror the common law. Just as at common law procedural Acts are seen to apply to pre-enactment conduct, the procedural rights guaranteed by the *Charter* would seem to apply to any post-*Charter* proceeding regardless of when the underlying conduct took place. These rights are proceeding-oriented. They direct an application to post-*Charter* proceedings: see *Dubois v. The Queen, supra*. As Professor Black points out, it makes little difference in the case of procedural provisions whether they are characterized as prospective or as an exception to the presumption against retrospectivity. The result is the same. Whether this is true of substantive rights guaranteed by the *Charter* will depend on whether these rights expressly direct or necessarily imply that they apply to pre-*Charter* conduct. I do not believe that a blanket rule can be adopted for all the provisions of the *Charter*. Each section must be considered individually.

Section 7 admittedly presents difficulty in characterization for this purpose because it enshrines both procedural and substantive rights. Can the same section enshrine rights that apply to pre-*Charter* conduct and rights that do not? I do not think it can. As discussed earlier, s. 7 rights crystallize at the point at which the individual is about to be deprived of his or her life, liberty or security of the person in a manner not consonant with fundamental justice. This is true whether the rights are procedural or substantive. In the present case, this deprivation occurred at the trial of the accused. Section 7 was in force at that time. The accused was therefore entitled to rely on the rights enshrined in the section.

Déclaration des droits à une loi existant au moment où la Déclaration est devenue loi n'a pas d'effet rétroactif. Il y a aussi une présomption de respect des droits acquis; mais la Déclaration confère des droits plutôt qu'elle n'en altère.

Il en est de même, bien entendu, pour la *Charte*.

Cependant, il me semble que la décision sur la rétroactivité des dispositions de la *Charte* reflétera sans aucun doute la *common law*. Tout comme en *common law* on considère que les lois procédurales s'appliquent à un acte antérieur à leur adoption, les droits procéduraux garantis par la *Charte* s'appliqueraient vraisemblablement à toute affaire postérieure à la *Charte*, indépendamment du moment auquel remonte l'acte en cause. Ces droits visent les procédures. Leur application à une instance postérieure à la *Charte* s'impose: voir *Dubois c. La Reine*, précité. Comme le professeur Black le signale, il importe peu qu'on qualifie des dispositions procédurales de prospectives ou d'exception à la présomption de non-rétroactivité. Le résultat est le même. Quant à savoir si cela est vrai des droits fondamentaux que la *Charte* garantit, cela sera déterminé selon que ces droits exigent expressément ou tacitement qu'ils soient appliqués à des actes antérieurs à la *Charte*. Je ne crois pas qu'une règle absolue puisse être adoptée pour l'ensemble des dispositions de la *Charte*. Chaque article doit être examiné individuellement.

L'article 7, il faut en convenir, présente des difficultés de qualification à cet égard, parce qu'il enchâsse à la fois des droits procéduraux et fondamentaux. Le même article peut-il enchâsser des droits qui s'appliquent à un acte antérieur à la *Charte* et des droits qui ne s'y appliquent pas? Je ne le pense pas. Comme je l'ai dit précédemment, les droits de l'art. 7 se cristallisent au moment où l'individu est sur le point d'être privé de sa vie, de sa liberté ou de la sécurité de sa personne d'une manière qui n'est pas conforme à la justice fondamentale. Cela est vrai qu'il s'agisse de droits procéduraux ou fondamentaux. En l'espèce, cette privation a eu lieu au procès de l'accusé. L'article 7 était en vigueur à ce moment-là. L'accusé était donc en droit de se fonder sur les droits consacrés par l'article.

In any event, it would appear to me that the appellant is not really seeking a retrospective application of the *Charter*. While the conduct giving rise to the charge took place prior to the *Charter's* coming into force, the appellant is, in my view, asking that it be applied prospectively to determine his rights at trial: see Professor Côté, *supra*. I find the following quotation from the judgment of Martin J.A. in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97, at pp. 102-3, apposite in this case:

An enactment does not, however, operate retrospectively because a part of the requisites for its operation is drawn from a time antecedent to its coming into force, nor because it takes into account past events: see *R. v. Johnston* (1977), 34 C.C.C. (2d) 325, [1977] 2 W.W.R. 613, 37 C.R.N.S. 234; affirmed [1978] 2 S.C.R. 391, 39 C.C.C. (2d) 479n, [1978] 2 W.W.R. 478 (S.C.C.); *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255 (Ont. C.A.).

I turn, therefore, to the question whether s. 146(1) of the *Code* violates s. 7 of the *Charter*.

(b) *Section 7*

Section 146(1) of the *Code* makes it an indictable offence punishable by a maximum of life imprisonment for a male person to have sexual intercourse with a female person who is under the age of fourteen and who is not his wife. It is not a defence that the accused *bona fide* believed that the female person was fourteen years of age or older. This defence is expressly removed by s. 146(1). But for its statutory removal the defence would have been read in by the courts: see *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, and *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120. However, since the statute expressly removes it, the issue is whether the criminal offence can withstand substantive judicial review under s. 7 of the *Charter*.

The appellant's *Charter* argument is simple and, in my view, convincing. Section 146(1) creates a criminal offence with a maximum penalty of life imprisonment. Such an offence, he submits, in order to survive a constitutional challenge under s. 7, must have a *mens rea* component. It cannot be

Quoi qu'il en soit, il me semble que l'appelant ne demande pas vraiment une application rétroactive de la *Charte*. Bien que les actes qui ont donné lieu à l'inculpation aient été antérieurs à l'entrée en vigueur de la *Charte*, ce que l'appelant demande, à mon avis, c'est une application prospective de celle-ci, pour déterminer quels étaient ses droits au procès: voir le professeur Côté, précité. L'extrait suivant du jugement du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97, aux pp. 102 et 103, me paraît fort à propos en l'espèce:

[TRADUCTION] Toutefois, une disposition législative ne s'applique pas rétroactivement parce qu'une partie des conditions requises pour son application est tirée d'une période précédant son entrée en vigueur ni parce qu'elle tient compte d'événements passés: voir *R. v. Johnston* (1977), 34 C.C.C. (2d) 325, [1977] 2 W.W.R. 613, 37 C.R.N.S. 234; confirmé par [1978] 2 R.C.S. 391, 39 C.C.C. (2d) 479n, [1978] 2 W.W.R. 478 (S.C.C.); *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255 (C.A. Ont.).

J'en viens donc à la question de savoir si le par. 146(1) du *Code* viole l'art. 7 de la *Charte*.

(b) *L'article 7*

Le paragraphe 146(1) du *Code* érige en acte criminel, punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité, le fait qu'une personne du sexe masculin ait des relations sexuelles avec une personne du sexe féminin, âgée de moins de quatorze ans, qui n'est pas son épouse. Ne constitue pas une défense le fait que l'accusé ait cru de bonne foi que la personne du sexe féminin avait quatorze ou plus. Cette défense est expressément supprimée par le par. 146(1). N'était cette suppression légale, la défense serait recevable devant les tribunaux: voir *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, et *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Toutefois, comme la loi la supprime expressément, il faut déterminer si l'infraction criminelle peut résister à un examen judiciaire sur le fond en fonction de l'art. 7 de la *Charte*.

L'argument de l'appelant fondé sur la *Charte* est simple et, à mon avis, convaincant. Le paragraphe 146(1) crée une infraction criminelle, avec comme peine maximale, l'emprisonnement à perpétuité. Une infraction de ce genre, soutient-il, pour qu'elle puisse survivre à une contestation

an absolute liability offence. It cannot permit the conviction and imprisonment of a morally innocent person. He submits that this is exactly what it does. It permits the conviction of an accused who honestly (but mistakenly) believed that the complainant was fourteen years of age or older. This is so even if the mistake was both honest and reasonable in the circumstances.

The respondent, on the other hand, submits that s. 146(1) does not create an absolute liability offence. It contains a *mens rea* requirement. The accused cannot be convicted of the offence unless he (a) intends to have sexual intercourse, (b) intends to do so with a female, and (c) intends to do so with someone who is not his wife. This position is somewhat disingenuous. It is difficult to imagine how an accused could credibly plead that he was mistaken as to the gender of his sexual partner or that he had mistakenly believed that he was not having sexual intercourse when in fact he was. It is only slightly more plausible that an accused could mistakenly believe that he was married to the complainant when in fact he was not. On the whole it is difficult to disagree with Professor Boyle's conclusion that "... in practical terms, this is an offence of absolute liability": see Boyle, *Sexual Assault*, at p. 105.

Section 146(1), accordingly, combines absolute liability with the possibility of imprisonment. Earlier decisions of this Court make it clear that such an arrangement violates s. 7 of the *Charter*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J., writing for the majority, stated, at p. 513:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law. It is so old that its first enunciation was in Latin *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

constitutionnelle fondée sur l'art. 7, doit comporter un élément moral. Il ne peut s'agir d'une infraction de responsabilité absolue. Le paragraphe ne saurait permettre de déclarer coupable et d'emprisonner une personne moralement innocente. L'appelant soutient que c'est exactement ce que le paragraphe fait. Il permet de déclarer coupable un accusé qui, honnêtement (mais à tort), croyait que la plaignante était âgée de quatorze ans ou plus. Il en est ainsi même si l'erreur était de bonne foi et raisonnable, compte tenu des faits.

L'intimée, d'autre part, prétend que le par. 146(1) ne crée pas une infraction de responsabilité absolue. Elle soutient que la *mens rea* est requise. L'accusé ne peut être déclaré coupable de l'infraction à moins qu'il a) ait eu l'intention d'avoir des rapports sexuels, b) ait eu l'intention de les avoir avec une personne de sexe féminin, et c) ait eu l'intention de les avoir avec une personne qui n'est pas son épouse. Cette position est quelque peu spéculative. Il est difficile d'imaginer comment un accusé pourrait espérer être cru s'il plaide qu'il a commis une erreur sur le sexe de son partenaire sexuel ou qu'il a cru à tort qu'il n'avait pas des rapports sexuels alors qu'en fait il en avait. Il n'est guère plus plausible qu'un accusé puisse croire, à tort, qu'il était marié à la plaignante, alors qu'en fait il ne l'était pas. En fin de compte, il est difficile de ne pas convenir avec le professeur Boyle que [TRADUCTION] «... en pratique, il s'agit d'une infraction de responsabilité absolue»: voir Boyle, *Sexual Assault*, à la p. 105.

Le paragraphe 146(1), par conséquent, combine la responsabilité absolue à une possibilité d'emprisonnement. Les décisions antérieures de cette Cour indiquent clairement que pareille combinaison viole l'art. 7 de la *Charte*. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer, écrivant au nom de la majorité, dit à la p. 513:

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. Il est si ancien que c'est en latin qu'il a été énoncé pour la première fois: *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

Lamer J. went on to quote from the judgment of Dickson J. (as he then was) writing for the Court in *R. v. Sault Ste. Marie, supra*, where he stated that “there is a generally held revulsion against punishment of the morally innocent” (p. 1310) and that absolute liability “violates fundamental principles of penal liability” (p. 1311). Lamer J. further stated, at p. 515:

In my view it is because absolute liability offends the principles of fundamental justice that this Court created presumptions against legislatures having intended to enact offences of a regulatory nature falling within that category. This is not to say, however, and to that extent I am in agreement with the Court of Appeal, that, as a result, absolute liability *per se* offends s. 7 of the *Charter*.

A law enacting an absolute liability offence will violate s. 7 of the *Charter* only if and to the extent that it has the potential of depriving of life, liberty, or security of the person.

In the recent decision of this Court in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, Lamer J., writing for the majority, found that s. 7 of the *Charter* had elevated the requirement of *mens rea* from a presumption of statutory interpretation to a constitutionally mandated element of a criminal offence. He expressed it this way, at p. 652:

In effect, *Re B.C. Motor Vehicle Act* acknowledges that, whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even, as in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state which is an essential element of the offence. It thus elevated *mens rea* from a presumed element in *Sault Ste. Marie, supra*, to a constitutionally required element. *Re B.C. Motor Vehicle Act* did not decide what level of *mens rea* was constitutionally required for each type of offence, but inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. [Emphasis in original.]

Le juge Lamer cite alors un passage du jugement rédigé par le juge Dickson (alors juge puîné) au nom de la Cour dans l'affaire *R. c. Sault Ste-Marie*, précitée, où il dit: «on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent» (p. 1310) et aussi que la responsabilité absolue: «viole les principes fondamentaux de la responsabilité pénale» (p. 1311). Le juge Lamer ajoute, à la p. 515:

À mon avis, c'est parce que la responsabilité absolue viole les principes de justice fondamentale que cette Cour a créé des présomptions selon lesquelles les législatures n'ont pas voulu définir des infractions de nature réglementaire appartenant à cette catégorie. Cela ne veut pas dire toutefois, ce sur quoi je suis d'accord avec la Cour d'appel, qu'il en résulte que la responsabilité absolue contrevient en soi à l'art. 7 de la *Charte*.

Une loi qui définit une infraction de responsabilité absolue ne violera l'art. 7 de la *Charte* que si et dans la mesure où elle peut avoir comme conséquence de porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Dans l'un des arrêts récents de cette Cour, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, le juge Lamer, écrivant au nom de la majorité, a jugé que l'art. 7 de la *Charte* a transformé l'exigence qu'il y ait *mens rea* de présomption d'interprétation législative en élément d'infraction criminelle requis par la Constitution. Il s'exprime ainsi, à la p. 652:

En fait, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l'État recourt à la restriction de la liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. De l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, la *mens rea* est ainsi devenue un élément requis par la Constitution. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on ne précise pas le degré de *mens rea* qu'exige la Constitution pour chaque type d'infraction, mais on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [Soulignés dans l'original.]

Section 7, therefore, prohibits the existence of offences that are punishable by imprisonment and that do not allow the accused as a minimum a due diligence defence.

It would appear then on the basis of these authorities that s. 146(1) is vulnerable to attack under s. 7 of the *Charter* in that it attaches criminal liability on pain of imprisonment to conduct that is not only lacking in *mens rea* but is also non-negligent. An accused can be convicted under the section even although he can show that he made an honest and reasonable mistake about the victim's age. This is not in accordance with the principles of fundamental justice. The section is, therefore, in violation of s. 7. Can it be saved as a reasonable limit under s. 1?

(c) *Section 1*

The judgment of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act* was applied by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Ferguson*, [1987] 6 W.W.R. 481. That case raised the same issue as the present appeal, namely the constitutional validity of s. 146(1) of the *Code* under s. 7 of the *Charter*. Both the majority (McLachlin J.A. with Taggart J.A. concurring) and the minority (Anderson J.A.) held, on the authority of *Re B.C. Motor Vehicle Act*, that the section infringed s. 7 of the *Charter*. The majority, however, found that it was saved by s. 1. Anderson J.A. found that it was not. The decision is accordingly highly instructive on the s. 1 analysis.

McLachlin J.A., after adverting to the principles enunciated by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, addressed the government objectives intended to be achieved by s. 146(1). She said, at p. 517:

The offence of sexual intercourse with a female child has been justified by different values at different times. The modern view is that the offence must be retained in the interests primarily of protecting children and secondarily of protecting society from the impact of the social problems which sexual intercourse with children may produce.

L'article 7 interdit donc les infractions punissables d'un emprisonnement qui ne reconnaissent pas à l'inculpé, au minimum, une défense de diligence raisonnable.

^a Il semblerait donc, sur le fondement de ces précédents, que le par. 146(1) est susceptible d'être contesté en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'il attache une responsabilité criminelle, ^b sous peine d'emprisonnement, à un acte alors que, non seulement il y a absence de *mens rea*, mais qu'il y a aussi absence de toute négligence. Un accusé peut être reconnu coupable en vertu de cet article même s'il peut démontrer qu'il a commis, ^c en toute honnêteté, une erreur raisonnable au sujet de l'âge de la victime. Cela n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. L'article viole donc l'art. 7. Peut-il être sauvegardé à titre de limite raisonnable aux termes de l'article premier?

^d c) *L'article premier*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué le jugement de cette Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* dans son arrêt *R. v. Ferguson*, [1987] 6 W.W.R. 481. On y soulevait la même question qu'en l'espèce, savoir la constitutionnalité du par. 146(1) du *Code* vu l'art. 7 de la *Charte*. Tant la majorité (le juge McLachlin, à l'avis duquel a souscrit le juge Taggart) que la minorité (le juge Anderson) a décidé, en se fondant sur le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, que le paragraphe enfreignait l'art. 7 de la *Charte*. La majorité a néanmoins estimé qu'il était sauvegardé par l'article premier. Le juge Anderson a estimé qu'il ne l'était pas. La décision est par conséquent fort instructive sur le plan de l'analyse de l'article premier.

^e Le juge McLachlin, après avoir rappelé les principes énoncés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, s'interroge sur les objectifs gouvernementaux visés par le par. 146(1). Elle dit, à la p. 517:

^f [TRADUCTION] On a eu recours à différents systèmes de valeur, à différentes époques, pour justifier d'ériger en infraction les rapports sexuels avec une enfant. La conception moderne est que l'infraction doit être maintenue dans l'intérêt, en premier lieu, de la protection des enfants et, en second lieu, de la protection de la société contre les conséquences sociales que les rapports sexuels avec les enfants peuvent entraîner.

The protection of children is multi-faceted and so obvious that evidence is not required to demonstrate it. First, there is an interest in protecting young girls from the consequences of pregnancies which they may be ill-equipped to deal with from a physical, emotional or economic point of view. Second, there is an interest in protecting such children from the grave physical and emotional harm which may result from sexual intercourse at such an early age. Finally, there is an interest in protecting them from exploitation by those who might seek to use them for prostitution and related nefarious purposes.

She was persuaded that these objectives were of sufficient importance to warrant overriding the s. 7 right provided the means chosen to do so were appropriate.

McLachlin J.A. had no difficulty in finding a rational connection between the impugned limit and the government objectives although this was hotly debated in the case and formed the basis on which Anderson J.A. dissented. She stated, at p. 520:

The appellant submits that the elimination from s. 146(1) of the defence of mistaken belief as to the age of the complainant is not rationally connected to the section's objectives. He argues that a man who believes that a girl is above the limited age will not be deterred by the absolute character of the offence. It follows, he submits, that there is no rational justification for refusing to permit the accused to raise his innocent belief in his defence.

In my opinion, this argument rests on a fallacy. The fallacy lies in the proposition that a man who believes that a girl is above the limited age will not be deterred by knowledge that his belief as to her age affords no defence. This, in my opinion, is not necessarily the case. A person who believes a certain thing must also accept that he may be mistaken in that belief. Belief and recognition that the belief may be in error are not mutually incompatible. Thus a man might conclude that a girl is over 14 because she looks older than 14. At the same time he might be aware that some girls who clearly appear to be over 14 are in fact younger than 14. This man would not be deterred from having sexual relations with the girl if he knew that his belief as to her age was a defence. However, he might well be deterred if he knew that regardless of his belief, he would be convicted if the girl turned out to be under 14. This

La protection des enfants revêt de multiples facettes et est si évidente qu'aucune preuve n'est requise pour la démontrer. Premièrement, il y a intérêt à protéger les jeunes filles de grossesses aux conséquences desquelles elles peuvent être mal préparées d'un point de vue physique, émotionnel ou économique. En second lieu, il y a intérêt à protéger ces enfants du grave préjudice physique et émotionnel qui peut résulter des rapports sexuels à un âge aussi tendre. Enfin, il y a intérêt à les protéger contre l'exploitation de ceux qui pourraient vouloir se servir d'elles à des fins de prostitution et à d'autres fins infâmes s'y rattachent.

Elle est persuadée que ces objectifs revêtent une importance suffisante pour justifier de passer outre aux droits garantis par l'art. 7, pourvu que les moyens choisis pour le faire soient appropriés.

Le juge McLachlin n'a eu aucune difficulté à trouver un lien rationnel entre la restriction contestée et les objectifs du gouvernement, malgré que cela ait été vigoureusement contesté en l'espèce et ait constitué le fondement de la dissidence du juge Anderson. Elle dit, à la p. 520:

[TRADUCTION] L'appelant fait valoir que l'élimination, au par. 146(1), de la défense d'erreur de fait sur l'âge de la plaignante n'a aucun lien rationnel avec les objectifs de l'article. Il prétend qu'un homme qui croit qu'une fille est plus âgée que la limite ne sera pas dissuadé par le caractère absolu de l'infraction. Il s'ensuit, soutient-il, qu'il n'y a pas de justification rationnelle pour refuser d'autoriser l'accusé à soulever dans sa défense son erreur commise de bonne foi.

À mon avis, cet argument est fallacieux. Sa fausseté réside dans la proposition qu'un homme qui croit qu'une jeune fille est plus âgée que la limite ne sera pas dissuadé d'agir, même s'il sait que ce qu'il croit au sujet de son âge ne lui accorde aucune défense. Ce n'est, à mon avis, pas nécessairement le cas. Celui qui croit qu'une chose est vraie doit aussi accepter qu'il peut se tromper. Croire et admettre qu'on peut avoir tort de croire ne sont pas mutuellement incompatibles. Ainsi, un homme peut conclure qu'une jeune fille a plus de quatorze ans parce qu'elle paraît plus vieille que quatorze ans. Il peut aussi avoir conscience que certaines jeunes filles qui paraissent manifestement âgées de plus de quatorze ans sont en fait plus jeunes. Cet homme ne sera pas dissuadé d'avoir des relations sexuelles avec la jeune fille s'il sait que l'âge qu'il pense qu'elle a constitue une défense. Mais il pourrait bien en être dissuadé s'il sait qu'indépendamment de ce qu'il croit, il sera reconnu coupable s'il devait s'avérer que la jeune fille n'a pas

truth is recognized by Glanville Williams, in *Criminal Law*, 2nd ed. (1961), p. 241:

If in the future some person who is inclined to such conduct knows the law as it is now held to be, he may say to himself: "I believe the girl to be over sixteen; but nothing in life is certain, and if she is in fact, under sixteen I may be punished: it is not worth the risk." To this extent absolute prohibition may deter.

It is worth noting that immediately after this passage Professor Glanville Williams continues: "But . . . to maintain the prohibition involves punishing the unlucky ones who turn out to be wrong, while letting free those who happen to be right, and this offends the sense of justice". McLachlin J.A. concluded that "logic and common sense dictate that elimination of mens rea as to the complainant's age provides an additional deterrent to those contemplating intercourse with young females" (p. 521).

McLachlin J.A. also found that the impugned limit impaired the s. 7 right no more than was required to achieve the government objective. She stated, at pp. 523-24:

The only serious alternative to the elimination from s. 146(1) of the defence of the accused's belief as to the complainant's age is the proposal put forward by the Law Reform Commission of a reverse onus coupled with a due diligence test. This alternative has been embodied in s. 139(4) of Bill C-15, which was adopted by Parliament (after the hearing of this appeal), received Royal Assent on 30th June 1987, but has not been proclaimed. That provision states that it is not a defence to the charge "that the accused believed that the complainant was fourteen years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant".

This provision is not without its problems. What constitutes "all reasonable steps to ascertain the age of the complainant"? If the child has no proof of identification, would a simple inquiry suffice? If not, would requesting and obtaining proof of age in the form of a birth certificate or driver's licence suffice? Street children and those exploiting them may be expected to

quatorze ans. Glanville Williams reconnaît cette vérité dans son *Criminal Law*, 2nd ed. (1961), à la p. 241:

Si, à l'avenir, quelque individu enclin à cette conduite connaît la loi telle qu'elle est actuellement, il peut se dire: «je crois qu'elle a plus de seize ans; mais rien n'est sûr dans la vie et si, en fait, elle a moins de seize ans, je pourrais être condamné: cela n'en vaut pas la peine.» Dans cette mesure, l'interdiction absolue peut être dissuasive.

Il vaut la peine de mentionner qu'immédiatement après ce passage le professeur Glanville Williams ajoute: [TRADUCTION] «Mais [. . .] le maintien de l'interdiction suppose la condamnation des malchanceux qui ont eu le tort de se tromper tout en laissant aller ceux qui ont eu la bonne fortune d'être dans le vrai, et cela offense notre sens de la justice». Le juge McLachlin conclut que [TRADUCTION] «la logique et le bon sens dictent que l'élimination de la mens rea quant à l'âge de la plaignante ajoute à la dissuasion de ceux qui songent à avoir des rapports sexuels avec des jeunes filles» (p. 521).

Le juge McLachlin constate aussi que la restriction contestée ne porte pas plus atteinte au droit garanti par l'art. 7 qu'il n'est requis pour atteindre l'objectif du gouvernement. Elle dit aux pp. 523 et 524:

[TRADUCTION] La seule autre possibilité sérieuse, si on élimine du par. 146(1) la défense d'erreur de la part de l'accusé sur l'âge de la plaignante, est la proposition de la Commission de réforme du droit d'adopter l'inversion de la charge de la preuve jointe à un critère de diligence raisonnable. Cette solution a été incorporée au par. 139(4) du Bill C-15 qui a été adopté par le Parlement (postérieurement à l'audition de l'appel), a reçu la sanction royale le 30 juin 1987, mais n'a pas encore été mis en vigueur. Cette disposition porte que n'est pas une défense contre l'accusation le fait «que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de quatorze au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée [. . .] que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant».

Cette disposition n'est pas dénuée de problème. Que sont «toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant»? Si l'enfant n'a pas de preuve d'identité, une simple demande suffira-t-elle? Sinon, demander et obtenir la preuve de l'âge sous forme d'un certificat de naissance ou d'un permis de conduire suffira-t-il? On peut s'attendre à ce que les enfants des rues et ceux

forge, borrow or steal appropriate documentation. Where then is found the protection of children and the deterrence of those who exploit them?

When s. 146(1) is compared with the alternative of the defence of having taken “all reasonable steps to ascertain the age of the complainant”, it is far from clear that it is an unreasonable approach to attaining the desired objective of the protection of children and society. Section 146(1) provides a considerably stronger deterrent than the alternative embodied in Bill C-15. Given the importance of the goal of protecting children against the evils of immature intercourse, it can be argued that that [*sic*] the need for the additional deterrent effect of s. 146(1) outweighs the need to permit accused persons to raise the defence of innocent belief. In short, the proposed alternative to s. 146(1) is problematic and calculated to reduce the protection which the law affords to children. On the test proposed by the majority of the Supreme Court in *R. v. Edwards Books*, the limited infringement of the rights of some accused persons entailed by s. 146(1) infringes on the accused’s rights as little as “reasonably possible”.

In addressing the issue of the proportionality of the means used to the objective sought to be achieved McLachlin J.A. acknowledged that the infringement of s. 7 by s. 146(1) was a serious one. That being so, it could only be saved under s. 1 if the objective to which it was directed was “of considerable importance”. She found that it was. I quote from pp. 525-26:

I have earlier in these reasons discussed the magnitude of the personal and social problems which result from men having intercourse with girls who, while physically mature, remain children. The evils of premature pregnancy, lasting physical and psychological harm to children, and the exploitation of children through prostitution and wantonness are serious and widely accepted. The question is whether they are serious enough to justify the significant infringement of the accused’s constitutional right not to be imprisoned without proof that he intended to commit the prohibited act. In short, is the necessary proportionality or balance established?

In my view, it is. Elimination from s. 146(1) of the defence of the accused’s belief that the complainant is over the statutory age provides additional protection to a class of children who would otherwise have little protection—girls under the age of 14 who appear to be older—

qui les exploitent forgent, empruntent ou volent les documents appropriés. Où donc réside la protection des enfants et la dissuasion pour ceux qui les exploitent?

Lorsqu’on compare le par. 146(1) à cette autre mesure, la défense qui consiste à avoir pris «toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge du plaignant», il est loin d’être clair que ce soit une approche déraisonnable pour atteindre l’objectif désiré de protection des enfants et de la société. Le paragraphe 146(1) possède une force dissuasive considérablement supérieure à la mesure consacrée par le Bill C-15. Étant donné l’importance de la fin recherchée, soit la protection des enfants contre les maux qu’entraînent les relations sexuelles précoces, on peut soutenir que la nécessité d’obtenir l’effet dissuasif supplémentaire qu’offre le par. 146(1) prévaut sur la nécessité d’autoriser l’accusé à faire valoir une défense d’erreur de bonne foi. En bref, la mesure remplaçant le par. 146(1) est problématique et calculée pour réduire la protection que la loi accorde aux enfants. Selon le critère proposé par la Cour suprême à la majorité dans l’arrêt *R. c. Edwards Books*, l’atteinte limitée au droit de certains accusés, causée par le par. 146(1), enfreint les droits de l’accusé aussi peu que «raisonnablement possible».

Étudiant la question de la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre l’objectif recherché, le juge McLachlin reconnaît que l’atteinte à l’art. 7 par le par. 146(1) est sérieuse. Cela étant, le paragraphe ne peut être sauvegardé en vertu de l’article premier que si l’objectif visé est [TRADUCTION] «d’importance considérable». Elle constate qu’il l’est. Je cite un extrait des pp. 525 et 526:

[TRADUCTION] Dans ces motifs, j’ai précédemment analysé l’ampleur des problèmes personnels et sociaux qui résultent des rapports sexuels entre des hommes et des jeunes filles qui, quoique nubiles, demeurent des enfants. Les maux qu’entraîne une grossesse prématurée, le dommage physique et psychologique persistant causé aux enfants et l’exploitation de ceux-ci par la prostitution et la débauche, sont graves et largement reconnus. La question est de savoir s’ils sont suffisamment graves pour justifier l’importante atteinte au droit constitutionnel de l’accusé de ne pas être emprisonné sans preuve qu’il avait l’intention de commettre l’acte prohibé. En bref, la proportionnalité ou l’équilibre nécessaire est-il établi?

À mon avis, il l’est. L’élimination, au par. 146(1), de la défense que l’accusé croyait que la plaignante avait l’âge légal fournit une protection supplémentaire à une catégorie d’enfants qui autrement n’en auraient guère—les jeunes filles de moins de quatorze ans qui paraissent

the very class of children at greatest risk from the evils of pregnancy and prostitution. It means that men cannot engage in sexual intercourse with girls who appear to have attained the statutory age or who otherwise convince them they have attained that age, secure that their belief will afford them a defence should they be charged. They will know that regardless of what the girl may say or how she may appear, there is a possibility that conviction may ensue. In the absence of any alternative providing equivalent protection, it cannot be said that elimination of the accused's belief that the child was over 14 as a defence under s. 146(1) is a disproportionate or unreasonable response to the problem.

She concluded that not only was the limit reasonable, it was also justified in a free and democratic society. She stated, at p. 527:

For over a century these statutes have been an integral feature of the legal system in these countries. This state of affairs is a convincing indication that the limitation on the rights of the accused entailed in eliminating *mens rea* as to the age of the victim in the offence of intercourse with a female child is justifiable in a free and democratic society.

Is McLachlin J.A. correct in suggesting that absolute liability is rationally connected to the objective of deterrence? In my view, if there is a connection, it is a somewhat tenuous one. The learned Justice's thesis seems to be based on the assumption that an individual contemplating sexual intercourse with a female who appears to him to be over 14 first addresses his mind to the *mens rea* requirement of a fairly obscure section of the *Code*. In my view, this ascribes an unrealistically high degree of legal sophistication to the average accused.

Moreover, it seems to me that any general deterrence that could conceivably flow from the statutory negation of the *mens rea* requirement would only afford protection to a narrow subset of the protected group. As Professor Boyle points out, the lack of a mistake of fact defence "is irrelevant with respect to the most serious form of the offence, intercourse with very young children, where one can suppose that a mistake of fact argument would not work anyway" (pp. 107-8).

plus vieilles—la catégorie même d'enfants courant le plus grand risque de pâtir des maux qu'entraînent la grossesse et la prostitution. Elle signifie que des hommes ne peuvent avoir de rapports sexuels avec des jeunes filles qui paraissent avoir l'âge légal ou qui, par ailleurs, parviennent à les convaincre qu'elles ont l'âge, assurés que leur croyance leur fournira un moyen de défense s'ils sont inculpés. Ils sauront qu'indépendamment de ce que la jeune fille peut dire ou de l'âge qu'elle paraît avoir la possibilité d'être reconnu coupable existe. En l'absence de toute autre solution accordant une protection équivalente, on ne saurait dire que l'élimination de la croyance de l'accusé que l'enfant avait plus de quatorze ans, en tant que défense au regard du par. 146(1), constitue une solution disproportionnée ou déraisonnable au problème.

Elle conclut que non seulement la limite est raisonnable, mais qu'elle est justifiée dans une société libre et démocratique. Elle dit, à la p. 527:

[TRADUCTION] Pendant plus d'un siècle, ces lois ont fait partie intégrante du système juridique de ces pays. Cet état de choses constitue une indication convaincante que la limitation des droits de l'accusé qu'entraîne l'élimination de la *mens rea* relative à l'âge de la victime dans l'infraction que constituent les rapports sexuels avec une enfant du sexe féminin, est justifiable dans une société libre et démocratique.

Le juge McLachlin a-t-elle raison d'avancer que la responsabilité absolue est rationnellement reliée à l'objectif de la dissuasion? À mon avis, s'il y a un lien, il est plutôt ténu. La thèse du savant juge semble fondée sur le postulat qu'un individu, envisageant d'avoir des rapports sexuels avec une femme qui lui paraît avoir plus de quatorze ans, songe d'abord à la *mens rea* exigée par un article plutôt obscur du *Code*. C'est, je pense, attribuer à l'accusé moyen un niveau peu réaliste de raffinement juridique.

De plus, il me semble que toute forme générale de dissuasion qui pourrait vraisemblablement découler de la négation législative de la *mens rea* exigée ne protégerait qu'un sous-ensemble étroit du groupe visé. Comme le professeur Boyle le rappelle, l'absence d'une défense d'erreur de fait [TRADUCTION] «n'a aucune pertinence dans le cas de la forme la plus grave de l'infraction, les rapports sexuels avec de très jeunes enfants, où l'on peut supposer que l'erreur de fait ne pourrait pas,

Any hypothetical deterrence, therefore, will be limited to borderline cases. As McLachlin J.A. points out, the deterrent effect of the rule cannot be documented. It is, however, necessary to attempt to quantify this effect in order to assess whether the respondent has discharged its s. 1 onus. While the fact that s. 146(1) is an absolute liability offence may serve as a deterrent to some who would not otherwise be deterred, I cannot think that the deterrent effect is as great as McLachlin J.A. perceives it to be.

Assuming that a rational connection can be established, can s. 146(1) be said to impair the s. 7 right as little as possible? The impairment inherent in s. 146(1) is very substantial. The impugned offence allows for the conviction of an individual who is not only morally innocent but who has taken all reasonable steps to determine the age of his sexual partner. This is deeply discordant with the principles of fundamental justice. Furthermore, it may have a deleterious impact on the justice system as a whole. As Dickson J. stated in *R. v. Sault Ste. Marie*, at p. 1311:

Arguments of greater force are advanced against absolute liability. The most telling is that it violates fundamental principles of penal liability. It also rests upon assumptions which have not been, and cannot be, empirically established. There is no evidence that a higher standard of care results from absolute liability. If a person is already taking every reasonable precautionary measure, is he likely to take additional measures, knowing that however much care he takes, it will not serve as a defence in the event of breach? If he has exercised care and skill, will conviction have a deterrent effect upon him or others? Will the injustice of conviction lead to cynicism and disrespect for the law, on his part and on the part of others? These are among the questions asked.

Is a less offensive mechanism not available to serve the government's legitimate objective? Parliament seems to have concluded that the answer to this question is yes. The provisions recently enacted [S.C. 1987, c. 24] to replace s. 146(1) allow the accused to raise a defence of due dili-

de toute façon, être alléguée.» (aux pp. 107 et 108). Toute dissuasion hypothétique sera par conséquent restreinte aux cas limites. Le juge MacLachlin a tout à fait raison de dire que l'effet dissuasif de la règle ne peut être prouvé. Il est cependant nécessaire de tenter de quantifier cet effet, afin d'évaluer si l'intimée s'est déchargée de son obligation au regard de l'article premier. Quoique le fait que le par. 146(1) soit une infraction de responsabilité absolue puisse servir à dissuader certains qui autrement ne le seraient pas, je ne pense pas que l'effet dissuasif soit aussi fort que le juge McLachlin l'a perçu.

Présumant qu'un lien rationnel peut être établi, peut-on dire du par. 146(1) qu'il porte atteinte au droit prévu à l'art. 7 le moins possible? L'atteinte inhérente aux termes du par. 146(1) est très importante. L'infraction contestée permet de condamner un individu, non seulement moralement innocent, mais qui a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de son partenaire sexuel. Voilà qui est en profond désaccord avec les principes de justice fondamentale. En outre, cela peut avoir des répercussions dommageables sur l'ensemble du système de justice. Comme le dit le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, à la p. 1311:

On avance des arguments plus convaincants contre la responsabilité absolue. Le plus sérieux est qu'elle viole les principes fondamentaux de la responsabilité pénale; de plus, elle repose sur des présomptions qui n'ont pas été établies de façon empirique, et ne peuvent pas l'être. Rien ne prouve que la responsabilité absolue incite à une plus grande prudence. Si une personne prend déjà toutes les précautions raisonnables, prendra-t-elle d'autres mesures, sachant que de toute façon, elle ne pourra pas les faire valoir en cas d'infraction? Sa condamnation aura-t-elle sur elle ou sur d'autres un effet dissuasif si elle a fait preuve de prudence et de compétence? L'injustice d'une condamnation les conduira-t-elle, elle et les autres, au cynisme et à l'irrespect de la loi? Voilà quelques questions que l'on pose.

Existe-t-il un mécanisme moins préjudiciable pour atteindre l'objectif légitime du gouvernement? Le législateur semble avoir conclu que la réponse à cette question est affirmative. Les dispositions récemment adoptées [S.C. 1987, chap. 24] en remplacement du par. 146(1) autorisent l'ac-

gence. Sections 140 and 141 of the *Code* replace the old s. 146(1) by creating the new substantive offences of sexual interference and invitation to sexual touching. Both of these provisions apply to sexual conduct with a person under the age of fourteen. Section 139(4) of the *Code* then limits the range of defences available to charges under these new sections stating:

139. ...

(4) It is not a defence to a charge under section 140 or 141, subsection 155(3) or 169(2), or section 246.1, 246.2 or 246.3 that the accused believed that the complainant was fourteen years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant.

There can be no doubt that this provision infringes the accused's s. 7 rights less than the section challenged in the present appeal. Parliament has therefore concluded that society's needs can be served by a less stringent provision. Given that the respondent has changed its legislation in this way, I do not think it is open to the respondent to argue that the impugned version of s. 146(1) impaired the accused's rights as little as possible. This is not a case where the court is forced to speculate about the possibility of less offensive legislative schemes. Parliament has already enacted one.

Finally, it cannot, in my opinion, be said that the potential benefits flowing from the retention of absolute liability in s. 146(1) are in any way proportional to the degree of impairment of the s. 7 right. I agree with Anderson J.A. who made the following observation in his dissenting reasons, at p. 509:

Even if one assumes that the retention of strict liability in s. 146(1) would have some limited deterrent effect and some rational connection to the objective of protecting young girls, which is highly doubtful, I am of the opinion that the removal of the defence of honest mistake of age does not satisfy the other two components of the proportionality test. The denial of the defence of honest belief as to age in s. 146(1) dramatically impairs

cusé à faire valoir une défense de diligence raisonnable. Les articles 140 et 141 du *Code* remplacent l'ancien par. 146(1) par la création des nouvelles infractions de fond que sont les contacts sexuels et l'incitation à des contacts sexuels. Ces deux dispositions s'appliquent à un contact sexuel avec une personne de moins de quatorze ans. Le paragraphe 139(4) du *Code* limite donc le champ des défenses disponibles en cas d'inculpation en vertu de ces nouveaux articles, déclarant:

139. ...

(4) Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de quatorze ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 140 ou 141, des paragraphes 155(3) ou 169(2) ou des articles 246.1, 246.2 ou 246.3 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant.

Il ne peut y avoir de doute que cette dispositions porte moins atteinte aux droits conférés à l'accusé en vertu de l'art. 7 que l'article en cause en l'espèce. Le législateur a donc conclu que les besoins de la société peuvent être servis par une disposition moins draconienne. Comme l'intimée a modifié sa législation en ce sens, je ne pense pas qu'elle puisse maintenant soutenir que la version contestée du par. 146(1) porte atteinte le moins possible au droit de l'accusé. Il ne s'agit pas d'une affaire où la Cour est forcée de se perdre en conjectures sur d'éventuels plans législatifs moins préjudiciables. Le législateur a déjà adopté un plan.

Enfin, on ne peut, à mon avis, dire que les bénéfiques éventuels découlant du maintien de la responsabilité absolue au par. 146(1) sont, d'une manière ou d'une autre, proportionnels au degré d'atteinte au droit garanti par l'art. 7. Je partage l'avis du juge Anderson, qui fait l'observation suivante dans sa dissidence, à la p. 509:

[TRADUCTION] Même si l'on présume que le maintien de la responsabilité stricte au par. 146(1) aurait un effet dissuasif limité et un lien rationnel avec l'objectif de la protection des jeunes filles, ce qui est fort douteux, je suis d'avis que la suppression de la défense d'erreur de bonne foi sur l'âge ne respecte pas les deux autres composantes du critère de la proportionnalité. Le déni de la défense de bonne foi au sujet de l'âge, au par.

the right of the accused not to be convicted of crime if he honestly, although mistakenly, believes in circumstances which would render his conduct innocent.

Furthermore, in my opinion, the deterrent effect of the denial of the defence of mistake of fact in s. 146(1) would be so marginal as not to justify the punishment of innocent persons or the placing of restraints on proper and legal activities. While theoretically one may speculate that the strict liability offence in s. 146(1) may have some deterrent effect, there is little to suggest that the effect is significant.

I would, accordingly, conclude that the removal of a *mens rea* component from the offence described in s. 146(1) of the *Code* cannot be viewed under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the accused's s. 7 rights.

IV The Remedy

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides as follows:

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

Counsel for the appellant seeks a declaration that s. 146(1) of the *Code* is constitutionally invalid and that his client should therefore be acquitted. With respect, it seems to me that s. 52(1) is very specific that a law found to be inconsistent with the provisions of the Constitution is only without force and effect to the extent of the inconsistency. I believe therefore that the appropriate declaration under s. 52(1) is to the effect that the words in s. 146(1) "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" are of no force and effect. This means that the section shorn of the offensive words will read:

146. (1) Every male person who has sexual intercourse with a female person who

(a) is not his wife, and

(b) is under the age of fourteen years,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

146(1), porte radicalement atteinte au droit de l'accusé de ne pas être reconnu coupable d'un crime si honnêtement, mais à tort, il a cru à des circonstances qui auraient rendu sa conduite innocente.

a En outre, à mon avis, l'effet dissuasif du déni de la défense d'erreur de fait, au par. 146(1), serait si marginal qu'il ne saurait justifier de condamner des innocents ou d'imposer des entraves à des actes réguliers et légaux. Bien que, théoriquement, on puisse supposer que l'infraction de responsabilité stricte prévue au par. 146(1) peut avoir un effet dissuasif quelconque, il n'y a pas grand-chose qui laisse entrevoir que l'effet est important.

c Je conclus par conséquent que la suppression de l'élément *mens rea* de l'infraction que décrit le par. 146(1) du *Code* ne peut être considérée, en vertu de l'article premier de la *Charte*, comme une limite raisonnable apportée au droit conféré à d l'accusé par l'art. 7.

IV La réparation

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* porte:

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

f L'avocat de l'appelant conclut à jugement déclaratoire portant que le par. 146(1) du *Code* est invalide sur le plan constitutionnel et que son client devrait donc être acquitté. Avec égards, il me semble que le par. 52(1) est des plus clairs et précis; ne sont inopérantes que les dispositions d'une loi jugées incompatibles avec la Constitution. Je crois donc que la déclaration qui s'impose en vertu du par. 52(1) doit être que les termes du par. 146(1) «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» sont inopérants. Cela signifie que l'article, amputé des termes irréguliers, se lira:

i 146. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans.

j

At trial the appellant attempted to enter a defence based on lack of *mens rea*. The trial judge did not allow him to make this defence, holding that the express denial of this defence in s. 146(1) of the *Code* was constitutionally valid. The trial judge was wrong. The appellant should have been allowed to make his defence.

This being so, the appellant's conviction must be quashed and a new trial ordered. The new trial would take place under the section as amended above. Given, however, the circumstances of this case, the length of time which has elapsed since the conduct giving rise to the charge, and the fact that the appellant has already served his two years of probation, this might well be an appropriate case for the Attorney General to direct a stay of proceedings under s. 508 of the *Code*.

I would allow the appeal.

Appeal dismissed, LAMER, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

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

Solicitor for the intervener: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Au procès, l'appelant a tenté de faire valoir une défense fondée sur l'absence de *mens rea*. Le juge de première instance ne l'a pas autorisé à le faire, déclarant que le déni exprès de cette défense au par. 146(1) du *Code* était valide sur le plan constitutionnel. Le juge a eu tort. L'appelant aurait dû être autorisé à faire valoir cette défense.

Cela étant, la déclaration de culpabilité de l'appelant doit être cassée et un nouveau procès ordonné. Le nouveau procès se tiendra en fonction de l'article tel qu'il est modifié ci-dessus. Étant donné toutefois que les circonstances de l'espèce, le temps couru depuis l'acte qui a entraîné l'inculpation et le fait que l'appelant a déjà purgé ses deux années de probation, il pourrait bien s'agir là d'un cas approprié pour que le procureur général ordonne un arrêt des procédures en vertu de l'art. 508 du *Code*.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges LAMER, WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

William Crocker Appellant

v.

**Sundance Northwest Resorts Ltd.
Respondent**INDEXED AS: CROCKER v. SUNDANCE NORTHWEST
RESORTS LTD.

File No.: 19590.

1988: March 25; 1988: June 30.

Present: Dickson C.J. and Estey*, McIntyre, Wilson,
Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Torts — Negligence — Sporting accident — Competition inherently dangerous — Participant visibly intoxicated — Whether or not competition organizers had a positive duty to take steps to remove drunk competitor from competition.

Respondent, as a promotion for its ski resort, held a competition which involved two-person teams sliding down a mogulled portion of a steep hill in oversized inner tubes. Appellant entered the competition, signed the entry and waiver form without reading it and paid the entry fee. During the competition, appellant suffered a neck injury in the second heat and was rendered a quadriplegic. He was visibly drunk at the start of that heat and had suffered a cut above the eye in the first. The owner of Sundance had asked appellant if he was in any condition to compete in the second heat but did nothing to dissuade him from continuing on. The resort manager, too, had suggested that appellant should not continue the competition but took no further steps to restrain him when he insisted on competing.

Appellant successfully sued respondent in tort but was found to be contributorily negligent. He was awarded 75 per cent of his damages. A majority of the Court of Appeal overturned the trial judge's finding of liability. The issue on appeal to this Court is whether the ski resort had a positive duty at law to take steps to prevent a visibly intoxicated person from competing in its dangerous "tubing" competition.

* Estey J. took no part in the judgment.

William Crocker Appellant

c.

Sundance Northwest Resorts Ltd. Intimée

a

RÉPERTORIÉ: CROCKER c. SUNDANCE NORTHWEST
RESORTS LTD.

N° du greffe: 19590.

b

1988: 25 mars; 1988: 30 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*,
McIntyre, Wilson, Le Dain, La Forest et
L'Heureux-Dubé.

c

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Accident dans la pratique d'un sport — Compétition comportant des dangers inhérents — Participant manifestement en état d'ébriété — Les organisateurs de la compétition avaient-ils une obligation positive de prendre des mesures pour retirer un concurrent ivre de la compétition?

Afin de promouvoir son centre de ski, l'intimée a tenu une compétition dans le cadre de laquelle des équipes de deux personnes glissaient dans des chambres à air géantes sur une partie escarpée et pleine de bosses d'une pente. L'appelant s'est inscrit à la compétition, a signé le formulaire d'inscription et de décharge sans le lire et a payé les frais d'inscription. Pendant la compétition, l'appelant s'est blessé au cou et est devenu quadriplégique. Il était de toute évidence ivre au début de la seconde série, après s'être coupé au-dessus de l'œil dans la première série. Le propriétaire de Sundance a demandé au demandeur s'il était en mesure de prendre part à la deuxième série, mais n'a rien fait pour l'en dissuader. Le gérant du centre a également dit que l'appelant ne devait pas continuer la course, mais n'a pris aucune autre mesure pour l'empêcher de participer lorsqu'il a insisté.

L'appelant a poursuivi avec succès l'intimée en responsabilité délictuelle mais une partie de la faute lui a été imputée. Il a obtenu 75 pour 100 de ses dommages. La Cour d'appel à la majorité a infirmé la décision du juge de première instance en ce qui a trait à la responsabilité. La question soulevée en l'espèce est de savoir si le centre de ski avait une obligation positive en droit de prendre des mesures pour empêcher une personne manifestement en état d'ébriété de prendre part à une compétition dangereuse de «chambre à air».

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

Held: The appeal should be allowed.

Respondent as the promoter of a dangerous sport owed a duty of care to the appellant to take all reasonable steps to prevent him from participating in the sport when it was aware that he was visibly intoxicated. Respondent did not discharge that duty. While it may be acceptable for a ski resort to allow or encourage sober able-bodied individuals to participate in dangerous recreational activities, it is not acceptable for the resort to open its dangerous competitions to persons who are obviously incapacitated.

Injury to the appellant was clearly foreseeable in this case and respondent's failure to take reasonable steps to prevent appellant from competing because he was drunk caused appellant's injury.

Appellant did not, either by word or conduct, voluntarily assume the legal risk involved in competing. The *volenti* defence, therefore, was inapplicable. Appellant's participation in the tubing competition did not amount to an assumption of the physical risks involved, let alone the legal risks, given that appellant's mind was clouded by alcohol at the time. Although a contractual waiver clause can serve as a full defence to a claim in tort, the waiver signed by appellant did not relieve respondent of liability for its negligent conduct because it had not been drawn to appellant's attention and had not been read by him.

The trial judge's conclusion with respect to contributory negligence was not challenged and should not be interfered with by this Court.

Cases Cited

Considered: *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239, aff'g *sub nom. Menow v. Honsberger*, [1971] 1 O.R. 129, 14 D.L.R. (3d) 545; **distinguished:** *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589; **referred to:** *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637; *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339; *Stermer v. Lawson* (1977), 79 D.L.R. (3d) 366; *Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 S.C.R. 310; *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'intimée, en tant que promoteur d'un sport dangereux, avait une obligation de diligence envers l'appelant, celle de prendre toutes les mesures raisonnables pour l'empêcher de participer à un sport alors qu'elle savait qu'il était visiblement en état d'ébriété. L'intimée ne s'est pas acquittée de cette obligation. Bien qu'il puisse être acceptable qu'un centre de ski permette à des personnes sobres et en bonne santé de participer à des activités récréatives dangereuses ou de les encourager à le faire, il n'est pas acceptable que le centre permette à des personnes qui ne sont manifestement pas en possession de tous leurs moyens de participer à ses compétitions dangereuses.

La blessure de l'appelant était clairement prévisible en l'espèce et l'omission de l'intimée de prendre des mesures raisonnables pour empêcher l'appelant de participer parce qu'il était en état d'ébriété a causé la blessure qu'il a subie.

L'appelant n'a ni verbalement ni par sa conduite volontairement assumé le risque juridique que comportait la compétition. Par conséquent, le moyen de défense d'acceptation du risque ne s'applique pas en l'espèce. La participation de l'appelant à la compétition de chambre à air ne peut être considérée comme une acceptation des risques physiques qu'elle comporte, sans parler des risques juridiques, du fait que son esprit était obscurci par l'alcool à ce moment-là. Bien qu'une clause de décharge contractuelle puisse servir de défense complète contre une réclamation en responsabilité délictuelle, la décharge signée par l'appelant ne dégageait pas l'intimée de toute responsabilité à l'égard de sa conduite négligente parce qu'elle n'avait pas été portée à l'attention de l'appelant et qu'il ne l'avait pas lue.

La conclusion du juge de première instance relativement à la négligence de la victime n'a pas été contestée et ne devrait pas être modifiée par cette Cour.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239, conf. *sub nom. Menow v. Honsberger*, [1971] 1 O.R. 129, 14 D.L.R. (3d) 545; **distinction d'avec l'arrêt:** *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589; **arrêts mentionnés:** *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637; *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339; *Stermer v. Lawson* (1977), 79 D.L.R. (3d) 366; *Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 R.C.S. 310; *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] R.C.S. 322; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649.

Authors Cited

Binchy, William. Case Comment (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 344.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1982.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 51 O.R. (2d) 608, 9 O.A.C. 286, 20 D.L.R. (4th) 552, 33 C.C.T.L. 73, allowing an appeal from a judgment of Fitzpatrick J. (1983), 43 O.R. (2d) 145, 150 D.L.R. (3d) 478. Appeal allowed.

Colin Campbell, Q.C., and *Mark Freiman*, for the appellant.

Stephen Goudge, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The principal issue in this appeal is whether the ski resort had a positive duty at law to take certain steps to prevent a visibly intoxicated person from competing in the resort's dangerous "tubing" competition. The resort contends that it had no such duty but, if it did, it adequately discharged it. The appellant Crocker contends that it had such a duty and failed to discharge it.

I The Facts

The respondent, Sundance Northwest Resorts Ltd. ("Sundance") operates a ski resort. Sundance held a tubing competition in order to promote its resort. This competition involved teams of two people sliding down a mogulled portion of a steep hill in oversized inner tubes. One evening Crocker went skiing at Sundance with a friend. After their skiing they went to a bar at the resort to drink. At the bar a video of the previous year's race was shown. The video showed people being thrown from their inner tubes. Crocker and his friend did not, however, watch much of this video.

Doctrine citée

Binchy, William. Case Comment (1975), 53 *R. du B. can.* 344.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd. Traduit sous la direction de M^e N. Joly. Toronto: Butterworths, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 608, 9 O.A.C. 286, 20 D.L.R. (4th) 552, 33 C.C.T.L. 73, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Fitzpatrick (1983), 43 O.R. (2d) 145, 150 D.L.R. (3d) 478. Pourvoi accueilli.

Colin Campbell, c.r., et *Mark Freiman*, pour l'appellant.

Stephen Goudge, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—La question principale soulevée dans le présent pourvoi vise à déterminer si le centre de ski avait l'obligation positive en droit de prendre certaines mesures pour empêcher une personne manifestement en état d'ébriété de prendre part à une compétition dangereuse de «chambre à air» qu'il avait organisée. Le centre soutient que cette obligation ne lui incombait pas et que, si elle lui incombait, il s'en était acquitté de façon adéquate. L'appellant Crocker soutient que cette obligation incombait au centre et que ce dernier ne s'en est pas acquitté.

I Les faits

L'intimée, Sundance Northwest Resorts Ltd. («Sundance») exploite un centre de ski. Sundance a organisé une course de chambre à air pour faire de la publicité pour son centre. Dans le cadre de la compétition, des équipes de deux personnes glissaient dans des chambres à air géantes sur une partie abrupte et pleine de bosses d'une pente. Un soir, Crocker est allé faire du ski à Sundance avec un ami. Après avoir fait du ski, ils sont allés prendre un verre dans un bar du centre. On y projetait un film vidéo de la course de l'année précédente. Le film montrait des gens qui étaient éjectés de leur chambre à air. Toutefois, Crocker et son ami n'ont pas vu grand chose de ce film.

Crocker and his friend decided to enter the competition and attempt to win the \$200 in prize money. They signed an entry and waiver form and paid the \$15 entry fee. The trial judge found as a fact, however, that Crocker did not read the form and did not appreciate that it was a waiver.

The race was held two days later. On the morning of the race Crocker and his friend drank large quantities of their own alcoholic beverages. They also bought alcoholic drinks from the bar at the resort. They were wearing bibs that identified them as "tubing" competitors when they did so.

Crocker and his friend were the winners of their first heat. During the race the two were thrown from their tube and Crocker suffered a cut above his eye. Between the first and second heats Crocker drank two large swallows of brandy offered to him by the driver of a Molson beer van and was sold two more drinks at the bar.

The owner of Sundance, Beals, saw Crocker between the first and second heats. Noting Crocker's condition Beals asked him whether he was in any condition to compete in another heat. Crocker responded that he was. Beals did nothing more to dissuade him.

At the top of the hill Crocker fell down and his inner tube slid down the hill. The competition organizers obtained a new inner tube for him and his friend. Crocker was visibly drunk and Durno, the manager of Sundance, suggested that it would be a good idea if he did not continue in the competition. But Crocker insisted on competing and Durno took no further steps to restrain him.

Crocker and his friend hit a mogul on the way down the hill. The two were flipped out of their inner tube. Crocker injured his neck in the fall and was rendered a quadriplegic. Earlier that afternoon another competitor had been hospitalized for neck injuries sustained during another heat of the race.

Crocker et son ami ont décidé de s'inscrire à la compétition pour tenter de gagner le prix de 200 \$. Ils ont signé un formulaire d'inscription et de décharge et ont payé les frais d'inscription de 15 \$. Toutefois, le juge de première instance a conclu qu'en fait Crocker n'avait pas lu le formulaire et ne s'était pas rendu compte qu'il s'agissait d'une décharge.

La course a eu lieu deux jours plus tard. Le matin de la course, Crocker et son ami ont consommé de grandes quantités de leurs propres boissons alcooliques. Ils ont également acheté des consommations alcooliques au bar du centre. À ce moment-là, ils portaient des dossards qui les identifiaient comme des concurrents de la compétition de «chambre à air».

Crocker et son ami ont gagné leur première série. Pendant la course, ils ont tous deux été éjectés de leur chambre à air et Crocker s'est coupé au-dessus de l'œil. Entre la première et la deuxième série Crocker a pris deux grosses gorgées de cognac que lui a offert le conducteur d'un camion de bière Molson et a acheté deux autres consommations au bar.

Le propriétaire de Sundance, Beals, a vu Crocker entre la première et la deuxième série. En remarquant l'état de Crocker, Beals lui a demandé s'il était en mesure de prendre part à une autre série. Crocker lui a répondu par l'affirmative. Beals n'a rien fait d'autre pour l'en dissuader.

En haut de la pente, Crocker est tombé et sa chambre à air a glissé jusqu'en bas. Les organisateurs de la compétition ont obtenu une nouvelle chambre à air pour lui et son ami. Crocker était de toute évidence ivre et Durno, le gérant de Sundance, a dit que ce serait une bonne idée qu'il ne continue pas la course. Mais Crocker a insisté pour continuer et Durno n'a pris aucune autre mesure pour l'en empêcher.

Dans la descente, Crocker et son ami ont heurté une bosse. Ils ont été éjectés de leur chambre à air. Dans sa chute, Crocker s'est blessé au cou et est devenu quadriplégique. Au début de l'après-midi, un autre concurrent avait été hospitalisé pour des blessures au cou subies pendant une autre série de la course.

Crocker sued Sundance in tort. At trial Sundance was held to be liable for 75 per cent of the damages suffered by Crocker. Crocker was found contributorily negligent.

Crocker a poursuivi Sundance en responsabilité délictuelle. En première instance, Sundance a été tenue responsable de 75 pour 100 des dommages subis par Crocker. Une partie de la responsabilité a été imputée à ce dernier.

II The Courts Below

Supreme Court of Ontario: Trial Division

Fitzpatrick J. held that Sundance was under a duty to warn Crocker that there was a risk of serious injury in tube racing and that it had failed to discharge that duty: see (1983), 43 O.R. (2d) 145. He found also that under the principle laid down in *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239, the defendant resort was under an affirmative duty to prevent the plaintiff from putting himself at risk. The defendant "ought not to have permitted the fateful heat to commence until the plaintiff had been removed from it, by calling the provincial police, if necessary".

Fitzpatrick J. rejected the argument that the plaintiff had waived his right to sue the defendant in tort. The defendant could not rely on the general exclusion of liability clause in the plaintiff's ski pass. It did not constitute a waiver because: (a) the words did not exclude liability for negligence, and (b) the injury occurred outside the operations contemplated by the contract of which those clauses formed a part. Nor did the entry and waiver form signed by the plaintiff constitute a waiver of his legal rights because the provision was not drawn to his attention, he had not read it, and he did not know of its existence. Finally, Fitzpatrick J. rejected the argument that the plaintiff voluntarily assumed the risk of the activity. While he may have assumed the physical risk, he did not assume the legal risk. The plaintiff did, however, contribute to his injuries by his own want of care in deliberately getting drunk and participating in the races.

II Les tribunaux d'instance inférieure

Division de première instance de la Cour suprême de l'Ontario

Le juge Fitzpatrick a conclu que Sundance était tenue d'avertir Crocker que la course de chambre à air comportait un risque de blessures graves et qu'elle ne s'était pas acquittée de cette obligation: voir (1983), 43 O.R. (2d) 145. Il a également conclu que, en vertu du principe énoncé dans l'arrêt *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239, la défenderesse avait une obligation positive d'empêcher le demandeur de se mettre en danger. La défenderesse [TRADUCTION] «n'aurait pas dû autoriser le départ de la série fatale tant que le demandeur n'en avait pas été expulsé, en appelant la sûreté provinciale si nécessaire.»

Le juge Fitzpatrick a rejeté l'argument selon lequel le demandeur avait renoncé à son droit de poursuivre la défenderesse en responsabilité délictuelle. La défenderesse ne pouvait se fonder sur la clause générale de décharge de responsabilité inscrite sur le billet du demandeur. Elle ne constituait pas une renonciation pour les raisons suivantes: a) les termes n'excluent pas la responsabilité pour négligence et b) la blessure a été subie en dehors des activités visées par le contrat dont faisaient partie ces clauses. Le formulaire d'inscription et de décharge signé par le demandeur ne constitue pas non plus une renonciation à ses droits parce que la disposition n'a pas été portée à son attention, il ne l'a pas lue et n'en connaissait pas l'existence. Enfin, le juge Fitzpatrick a rejeté l'argument selon lequel le demandeur a volontairement assumé le risque de l'activité. Bien qu'il ait pu assumer le risque physique, il n'a pas assumé le risque juridique. Tout-fois, le demandeur a contribué à ses blessures par sa propre négligence en s'enivrant délibérément et en participant aux courses.

Ontario Court of Appeal

Finlayson J.A. (Arnup J.A. concurring) overturned the trial judge's finding that the defendant was liable: see (1985), 51 O.R. (2d) 608. He concluded that the plaintiff could not establish that the resort breached its duty to warn him of the risks involved. Finlayson J.A. stated at p. 621:

In my view there are two distinct factual situations here. The first relates to the plaintiff entering the race. As to that, it is my view that the defendant corporation took all reasonable steps to make the plaintiff aware of the risks of harm associated with the race. The plaintiff introduced a further and perhaps inevitable risk of harm in deliberately getting drunk. This created a second factual situation. I do not believe that this latter circumstance is the responsibility of the defendant corporation. Once it was brought to the attention of its president and manager they did all that could reasonably be expected of them in warning the plaintiff that he should not continue.

Further, he held that the defendant did not bear any affirmative duty to rescue the plaintiff that extended beyond the duty to warn him of the risks involved. Finlayson J.A. stated at p. 623:

Any responsibility they assumed ... was more than discharged by the warnings they gave. There was no special duty cast on them to disappoint the spectators and other contestants by cancelling the race or postponing it until the police could be summoned to remove the plaintiff from the hill. Nor did they have to risk a confrontation with him (and possibly Evoy) by trying to take his tube away.

Finlayson J.A. found it unnecessary to decide the quantum of damages issue. Had he been called upon to decide it he would have ordered a new trial to hear new evidence as to the life expectancy of the plaintiff.

Dubin J.A. in dissent would have upheld the trial judge's disposition of the liability issue. He noted that the resort had organized this risky event in order to make a profit. It was well aware of the plaintiff's intoxicated condition and, indeed, had supplied him with alcohol. It was therefore under a

Cour d'appel de l'Ontario

Le juge Finlayson (avec l'accord du juge Arnup) a infirmé la décision du juge de première instance selon laquelle la défenderesse était responsable: voir (1985), 51 O.R. (2d) 608. Il a conclu que le demandeur ne pouvait établir que le centre de ski avait manqué à son obligation d'avertir le demandeur des risques inhérents. Le juge Finlayson a dit, à la p. 621:

[TRADUCTION] À mon avis, il y a deux situations de fait distinctes en l'espèce. La première se rapporte à l'inscription du demandeur à la course. Sur ce point, je suis d'avis que la société défenderesse a pris toutes les mesures raisonnables pour que le demandeur prenne conscience des risques de blessures découlant de la course. Le demandeur a ajouté un autre risque de blessure, peut-être inévitable, en s'enivrant de façon délibérée. Cet acte a créé une seconde situation de fait. Je ne crois pas que cette dernière situation soit la responsabilité de la société défenderesse. Lorsqu'elle a été portée à l'attention de son président et de son gérant, ceux-ci ont fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement s'attendre d'eux en avertissant le demandeur qu'il ne devrait pas continuer.

De plus, il a conclu que le centre de ski n'avait pas d'obligation positive de porter secours au demandeur à part l'obligation de l'avertir des risques possibles. Le juge Finlayson a dit, à la p. 623:

[TRADUCTION] Ils ont présumé [...] qu'ils s'étaient plus que dégagés de toute responsabilité par les avertissements qu'ils ont donnés. Aucune autre obligation spéciale ne leur incombait au risque de décevoir les spectateurs et d'autres concurrents en annulant la course ou en la reportant jusqu'à ce que la police ait été appelée pour expulser le demandeur de la pente. Ils n'étaient pas tenus non plus de risquer un affrontement avec celui-ci (et peut-être avec Evoy) en tentant de lui enlever sa chambre à air.

Le juge Finlayson a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'établir le montant des dommages-intérêts. Si on lui avait demandé de le fixer, il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès pour recueillir de nouveaux éléments de preuve sur l'espérance de vie du demandeur.

Le juge Dubin dans sa dissidence aurait confirmé la décision du juge de première instance sur la question de la responsabilité. Il a souligné que la défenderesse avait organisé cette activité dangereuse pour en tirer un profit. Elle était bien au courant de l'état d'ébriété du demandeur et, en

duty to take preventive measures to avoid the risk of grave injury to the plaintiff. It was not enough simply to "warn" him not to continue when such a warning would obviously be of no avail because of his inebriated state.

III The Issue

People engage in dangerous sports every day. They scale sheer cliffs and slide down the sides of mountains. They jump from airplanes and float down white water rivers in rubber rafts. Risk hangs almost palpably over these activities. Indeed, the element of risk seems to make the sports more attractive to many. Occasionally, however, the risk materializes and the result is usually tragic.

In general, when someone is injured in a sporting accident the law does not hold anyone else responsible. The injured person must rely on private insurance and on the public health care system. The broad issue in the present appeal is whether there is something to distinguish the situation here from the run of the mill sports accident. In order to answer this question the Court must address six sub-issues. These are:

1. Did Sundance owe a duty of care to Crocker?
2. If a duty existed, what standard of care was required and was the standard met?
3. Did the failure to meet the standard of care cause the harm suffered?
4. Did Crocker voluntarily assume the risk?
5. Can Sundance rely on the waiver as a contractual defence to the tort claim?
6. Was Crocker contributorily negligent?

fait, elle lui avait fourni de l'alcool. Par conséquent, elle était tenue de prendre des mesures préventives pour éviter que le demandeur ne risque de subir une blessure grave. Il n'était pas suffisant de simplement «l'avertir» de ne pas continuer alors qu'un tel avertissement de toute évidence ne pouvait avoir d'effet en raison de l'état d'ébriété dans lequel il se trouvait.

b III La question en litige

Quotidiennement des gens pratiquent des sports dangereux. Ils escaladent des falaises abruptes et glissent sur le flan des montagnes. Ils sautent d'avions et descendent des rapides dans des canots pneumatiques. Le risque fait partie intégrante de ces activités. En fait, l'élément de risque semble rendre ces sports plus attirants pour un grand nombre de personnes. Toutefois, à l'occasion, le risque se réalise et le résultat est habituellement tragique.

En général, lorsqu'une personne se blesse accidentellement dans la pratique d'un sport, le droit n'impute la responsabilité à personne d'autre. La personne blessée doit compter sur une assurance privée et sur le régime public d'assurance-maladie. La question générale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si quelque chose distingue la situation en l'espèce de l'accident survenu dans un sport ordinaire. Pour répondre à cette question, la Cour doit examiner les six sous-questions suivantes:

1. Sundance avait-elle une obligation de diligence envers Crocker?
2. Dans l'affirmative, quelle norme de diligence était exigée et y a-t-on satisfait?
3. Le défaut de satisfaire à la norme de diligence a-t-il causé le préjudice qui a été subi?
4. Crocker a-t-il volontairement assumé le risque?
5. Sundance peut-elle se fonder sur la renonciation à titre de défense contractuelle contre la demande en responsabilité délictuelle?
6. Une partie de la faute peut-elle être imputée à Crocker?

1. *Duty of Care*

The common law has generally distinguished between negligent conduct (misfeasance) and failure to take positive steps to protect others from harm (nonfeasance). The early common law was reluctant to recognize affirmative duties to act. Limited exceptions were carved out where the parties were in a special relationship (e.g. parent and child) or where the defendant had a statutory or contractual obligation to intervene. The philosophy underlying this reluctance to extend legal obligation is described in Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 137:

The reluctance to extend the reach of legal obligation beyond this point drew sustenance from the long fashionable philosophy of individualism . . . The *laissez faire* approach of the common law restrained men from committing affirmative acts of injury, but shrank from converting the courts into an agency for forcing men to help each other. Obviously, it involves a more serious restraint on individual liberty to require a person to act than it is to place limits on his freedom to act. Besides, the plaintiff's loss is unequal in the two situations. In the case of commission, the defendant has positively made his position worse: he has *created* a risk; in the case of inaction, he has merely failed to benefit him by not interfering in his affairs. Yet today, though far from defunct, the strength of these sentiments is steadily being sapped by an increasing sense of heightened social obligation and other collectivist tendencies in our midst. Accordingly, the legal doctrine which they once sustained is itself under retreat.

Canadian courts have become increasingly willing to expand the number and kind of special relationships to which a positive duty to act attaches. As Linden notes in his text on *Canadian Tort Law* (3rd ed. 1982), at p. 304:

There is a growing group of special relations which import an obligation to engage in positive conduct for the benefit of another. Normally, there is some element of control or some economic benefit inuring to the person as a result of the relation, which justifies the creation of the duty. For example, if there is a contract

1. *Obligation de diligence*

D'une manière générale, la *common law* établit une distinction entre la conduite négligente (faute d'exécution) et l'omission de prendre des mesures positives pour protéger les autres contre le préjudice (inexécution). Au début, la *common law* hésitait à reconnaître les obligations positives d'agir. Des exceptions limitées ont été établies dans le cas où les parties avaient un lien spécial (par ex. parent et enfant) ou lorsque le défendeur avait une obligation légale ou contractuelle d'intervenir. La philosophie sur laquelle était fondée cette hésitation à étendre l'obligation juridique est décrite dans Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), à la p. 137:

[TRADUCTION] L'hésitation à étendre la portée de l'obligation juridique au-delà de ce point s'appuyait sur la philosophie de l'individualisme à la mode depuis longtemps [. . .] L'attitude de laisser faire de la *common law* interdisait les actes positifs qui causaient un préjudice, mais répugnait à transformer les tribunaux en agences ayant pour but d'obliger les gens à s'entraider. De toute évidence, obliger une personne à agir fait intervenir une restriction plus importante à la liberté individuelle que le fait d'imposer des limites à sa liberté d'action. En outre, la perte du demandeur est inégale dans les deux situations. Dans le cas de l'acte, le défendeur a de façon certaine empiré sa situation: il a *créé* un risque; dans le cas de l'inaction, il ne l'a tout simplement pas avantagé ne se mêlant pas de ses affaires. Mais aujourd'hui, bien que loin d'être disparue, la force de ces sentiments est régulièrement minée par un sentiment accru de plus grande obligation sociale et d'autres tendances collectivistes dans notre société. Par conséquent, la doctrine juridique qu'ils ont déjà soutenue est elle-même en train de reculer.

Les tribunaux canadiens acceptent de plus en plus d'augmenter le nombre et le genre de rapports spéciaux auxquels se rattache une obligation positive d'agir. Comme Linden le fait remarquer dans son ouvrage *La responsabilité civile délictuelle* (3^e éd. 1985), trad. sous la direction de M^e N. Joly, aux pp. 363 à 365:

[TRADUCTION] Le nombre des situations spéciales génératrices d'une obligation d'accomplir un acte positif dans l'intérêt d'autrui est à la hausse. La reconnaissance d'un devoir d'assistance tient habituellement à ce que la situation considérée accorde à la personne en cause un certain contrôle ou un certain avantage matériel. À titre

or a bailment, a failure to act may be actionable. It is not enough, however, if the contract is with a third person, as where a doctor agreed with the husband to attend his wife at childbirth. Carriers, innkeepers, warehousemen and public utilities, who hold themselves out to the public as being prepared to give service, are subject to this responsibility. So too, a master may be obliged to provide aid to one of his servants in peril, a shopkeeper to his invitee, a school to a pupil, and a shipmaster to a passenger. Obligations to take positive action are also imposed upon occupiers of premises to make their property safe for the reception of certain entrants and for passersby on the highway. A policeman may owe a civil duty to report dangerous road conditions. Institutions which have custody over people, such as hospitals, jails, and the like, may be obliged to take reasonable steps to protect those under their care. There will undoubtedly be additions to this list of special situations in the years ahead.

The *Jordan House* case, *supra*, is the leading Supreme Court authority on the imposition of a duty to take positive action to protect another. In this case the Court held that a tavern owed a duty of care to its intoxicated patron. The facts of *Jordan House* are conveniently summarized in a case comment by W. Binchy in (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 344, at p. 346:

The facts, very briefly, were as follows: the plaintiff was a frequent patron of the defendant hotel's beverage room, where beer was served. The plaintiff's propensity to drink to excess and thereafter to make himself a nuisance to other patrons was well known to the proprietor of the establishment as well as to other employees—indeed the plaintiff had been barred from the premises for a period of about a year before the events which gave rise to the action occurred.

On the fateful evening, the plaintiff arrived at the defendant's establishment at about five o'clock in the afternoon, in the company of his employer and commenced drinking. His employer left shortly afterwards but the plaintiff remained, being served drinks until ten o'clock in the evening, "past the point of visible or apparent intoxication". At that time the plaintiff began wandering around to other tables, and he was evicted by

d'exemple, s'il existe un contrat, et particulièrement un contrat de dépôt, le défaut d'agir pourra ouvrir droit à réparation. Il ne suffit toutefois pas que le contrat soit intervenu avec une tierce personne, comme dans le cas du médecin qui s'était engagé envers un homme à assister l'épouse de celui-ci lorsqu'elle accoucherait. Les transporteurs, aubergistes, entreposeurs et services publics qui offrent leurs secours au public sont soumis à cette responsabilité. De même, pourront être tenus d'un devoir d'assistance, le commettant à l'égard de son préposé en péril, le commerçant envers son *invitee*, l'école envers son élève ainsi que le capitaine envers le passager. L'occupant est également tenu d'accomplir des actes positifs afin de rendre la propriété sûre pour certaines personnes qui pourraient y pénétrer ainsi que pour celles qui passent sur la route. Le policier peut être civilement tenu de signaler l'état dangereux de la route. Les hôpitaux, prisons et autres institutions de même nature peuvent être obligés de prendre des mesures raisonnables pour assurer la protection des personnes sous leur garde. Il ne fait guère de doute que d'autres cas particuliers viendront s'ajouter à cette liste au cours des années à venir.

L'affaire *Jordan House*, précitée, constitue l'arrêt de principe de la Cour suprême qui a imposé l'obligation de prendre des mesures positives pour protéger une autre personne. Dans cet arrêt, la Cour a jugé qu'une taverne avait une obligation de diligence envers son client en état d'ébriété. Les faits de l'affaire *Jordan House* sont résumés de manière pratique dans un commentaire d'arrêt de W. Binchy (1975), 53 *R. du B. can.* 344, à la p. 346:

[TRADUCTION] Les faits, très brièvement, sont les suivants: le demandeur était un client assidu de la taverne de l'hôtel de la défenderesse où l'on sert de la bière. Le propriétaire de l'établissement et les autres employés étaient bien au courant du fait que le demandeur était porté à boire de façon immodérée et par la suite à gêner les autres clients—en fait le demandeur s'était fait interdire l'accès de ces lieux pendant environ un an avant que ne se produisent les événements qui ont donné lieu à l'action.

Le soir de la tragédie, le demandeur est arrivé à l'établissement de la défenderesse vers dix-sept heures en compagnie de son employeur et a commencé à boire. Son employeur est parti peu de temps après mais le demandeur est resté et s'est fait servir des consommations jusqu'à vingt-deux heures, «même s'il avait dépassé le stade d'ébriété visible ou apparente». À ce moment-là, le demandeur a commencé à se promener d'une table à

the hotel proprietor, who had been aware of the plaintiff's deteriorating condition for over three hours.

The proprietor knew that the plaintiff would have to make his way to his home "probably . . . on foot" by way of a busy thoroughfare.

Shortly afterwards, the plaintiff was struck by a car and severely injured.

The driver of the car was held liable in negligence to the plaintiff since he had failed to respond adequately to a warning by another car of the plaintiff's presence on the highway.

The trial judge's decision was upheld by the Ontario Court of Appeal, *sub nom. Menow v. Honsberger*, [1971] 1 O.R. 129, 14 D.L.R. (3d) 545, and by this Court. Laskin J. commenced his analysis by summarizing at p. 247 the general common law position on liability in tort:

I return to the main issue. The common law assesses liability for negligence on the basis of breach of a duty of care arising from a foreseeable and unreasonable risk of harm to one person created by the act or omission of another. This is the generality which exhibits the flexibility of the common law; but since liability is predicated upon fault, the guiding principle assumes a nexus or relationship between the injured person and the injuring person which makes it reasonable to conclude that the latter owes a duty to the former not to expose him to an unreasonable risk of harm. Moreover, in considering whether the risk of injury to which a person may be exposed is one that he should not reasonably have to run, it is relevant to relate the probability and the gravity of injury to the burden that would be imposed upon the prospective defendant in taking avoiding measures. *Bolton v. Stone*, in the House of Lords and *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co. Ltd.*, in this Court illustrate the relationship between the remoteness or likelihood of injury and the fixing of an obligation to take preventive measures according to the gravity thereof.

Laskin J. then considered the relationship between the hotel and Menow and concluded that there was a close enough nexus to require the imposition of a duty of care on the hotel. He stated at pp. 248-49:

l'autre et il a été expulsé par le propriétaire de l'hôtel qui avait vu l'état du demandeur se dégrader pendant plus de trois heures.

Le propriétaire savait que le demandeur devrait retourner chez lui «probablement à pied» en empruntant une route passante.

Peu après, le demandeur s'est fait heurté par une voiture et a été grièvement blessé.

Le conducteur de la voiture a été tenu responsable de négligence envers le demandeur puisqu'il n'avait pas répondu de manière adéquate à un avertissement d'une autre voiture lui signalant la présence du demandeur sur la route.

La décision du juge de première instance a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario, *sub nom. Menow v. Honsberger*, [1971] 1 O.R. 129, 14 D.L.R. (3d) 545, et par cette Cour. Le juge Laskin a commencé son analyse en résumant à la p. 247 la position générale de la *common law* en matière de responsabilité délictuelle:

Reprenons la question principale. La common law fixe la responsabilité pour négligence à partir d'un manquement à une obligation de diligence découlant d'un risque de préjudice prévisible et indû à une personne du fait de l'action ou omission d'un tiers. Voilà le principe général qui démontre la flexibilité de la common law; mais puisque la responsabilité suit la faute, le principe directeur présume un lien ou rapport entre la victime et le responsable, ce qui rend raisonnable de conclure que celui-ci a à l'égard de celle-là l'obligation de ne pas l'exposer à un risque indû de blessure. De plus, lorsque l'on examine si le risque de blessure auquel une personne est exposée est un risque que cette dernière ne devrait raisonnablement pas avoir à courir, il y a lieu d'établir un rapport entre la probabilité de blessure et sa gravité et le fardeau auquel devrait faire face le défendeur éventuel en essayant d'éviter l'accident. Les arrêts *Bolton v. Stone*, en Chambre des Lords, et *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co. Ltd.*, en cette Cour, mettent en lumière le rapport qui existe entre la possibilité éloignée ou la probabilité de blessures et l'imposition d'une obligation de prendre des mesures préventives variant selon la gravité du danger.

Le juge Laskin a ensuite examiné le rapport qui existait entre l'hôtel et Menow et a conclu qu'il y avait un lien suffisamment étroit pour qu'on puisse imposer à l'hôtel d'une obligation de diligence. Il a dit aux pp. 248 et 249:

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. There was a probable risk of personal injury to Menow if he was turned out of the hotel to proceed on foot on a much-travelled highway passing in front of the hotel.

Given the relationship between Menow and the hotel, the hotel operator's knowledge of Menow's propensity to drink and his instruction to his employees not to serve him unless he was accompanied by a responsible person, the fact that Menow was served not only in breach of this instruction but as well in breach of statutory injunctions against serving a patron who was apparently in an intoxicated condition, and the fact that the hotel operator was aware that Menow was intoxicated, the proper conclusion is that the hotel came under a duty to Menow to see that he got home safely by taking him under its charge or putting him under the charge of a responsible person, or to see that he was not turned out alone until he was in a reasonably fit condition to look after himself. There was, in this case, a breach of this duty for which the hotel must respond according to the degree of fault found against it. The harm that ensued was that which was reasonably foreseeable by reason of what the hotel did (in turning Menow out) and failed to do (in not taking preventive measures).

Thus the relationship between the hotel operator and the patron in this case was close enough to justify the imposition of a duty of care. This duty of care required the defendant to take certain positive steps to avert potential calamity.

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. (3d) 637 (Man. Q.B.), and *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339

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. Il existait un risque probable de blessures personnelles pour Menow s'il se faisait expulser de l'hôtel et devait s'en aller à pied sur le chemin public très fréquenté qui passait devant l'hôtel.

Étant donné les rapports qui existent entre Menow et l'hôtel, la connaissance qu'avait l'hôtelier de la disposition de Menow à boire immodérément et les instructions qu'il avait données à ses employés de ne servir Menow que s'il était accompagné d'une personne responsable, étant donné en outre le fait qu'on a servi des boissons alcooliques à Menow en contravention non seulement de ces instructions mais aussi de la loi qui interdit de servir un client apparemment en état d'ébriété, et le fait que l'hôtelier savait que Menow était en état d'ébriété, il convient de conclure que l'hôtel était tenu envers Menow de voir à ce que celui-ci arrive chez lui sans encombre en prenant soin lui-même ou en le confiant à une personne responsable ou de veiller à ce qu'il ne soit pas mis à la porte seul tant qu'il ne serait pas en état de prendre soin de lui-même. Il y a eu, en l'espèce, un manquement à cette obligation dont doit répondre l'hôtel selon la part de la faute qui lui est imputée. Le préjudice qui a suivi est celui qui était raisonnablement prévisible vu ce qu'a fait l'hôtel (en expulsant Menow) et ce qu'il a omis de faire (en ne prenant pas de mesures préventives).

Par conséquent, le rapport qui existait entre l'exploitant de l'hôtel et le client dans cette affaire était suffisamment étroit pour qu'on puisse imposer une obligation de diligence. Cette obligation de diligence imposait à la défenderesse de prendre certaines mesures positives pour éviter d'éventuels désastres.

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.)

(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 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. The issue in the present appeal is whether the relationship between Sundance and Crocker gave rise to this kind of duty.

The trial judge concluded that it did. He characterized this duty alternatively as a “duty to warn” or a “duty to rescue”. I find Dubin J.A.’s approach to the issue analytically clearer. The question, in his view, was (p. 623):

... whether Sundance Northwest Resorts Limited, the defendant, owed a duty of care to take all reasonable measures to prevent the plaintiff from continuing to participate in the very dangerous activity which was under its full control and supervision and promoted by it for commercial gain when it became apparent that the plaintiff was drunk and injured

He concluded that such a duty of care did arise. I agree with Dubin J.A. that the relationship between Crocker and Sundance gave rise to such a duty.

Sundance set up an inherently dangerous competition in order to promote its resort and improve its financial future. Sundance employees were in charge of the way in which the event was to be conducted. Sundance provided liquor to Crocker during the event and knew of Crocker's inebriated and injured condition before the start of the second heat. Sundance officials were well aware that Crocker's condition heightened the chance of

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.)) 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. La question soulevée en l'espèce est de savoir si le rapport qui existait entre Sundance et Crocker a donné naissance à ce genre d'obligation.

Le juge de première instance a conclu que c'était le cas. Il a qualifié cette obligation d'[TRADUCTION] «obligation d'avertir» ou d'[TRADUCTION] «obligation de porter secours». J'estime que la façon dont le juge Dubin aborde la question est analytiquement plus claire. Selon lui, la question était la suivante, à la p. 623:

[TRADUCTION] ... Sundance Northwest Resorts Limited, la défenderesse, avait-elle une obligation de diligence qui lui imposait de prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher que le demandeur continue de participer à l'activité très dangereuse qu'elle contrôlait et surveillait entièrement et dont elle avait fait la promotion en vue d'en tirer un profit commercial lorsqu'il est devenu évident que le demandeur était ivre et blessé . . . ?

Il a conclu à l'existence de cette obligation de diligence. Je suis d'accord avec le juge Dubin pour conclure que le rapport qui existait entre Crocker et Sundance a donné naissance à une telle obligation.

Sundance a organisé une compétition comportant des dangers inhérents pour promouvoir son centre de ski et améliorer ses perspectives financières. Les employés de Sundance étaient responsables du déroulement de l'événement. Sundance a fourni des boissons alcooliques à Crocker au cours de la compétition et savait que Crocker était en état d'ébriété et qu'il était blessé avant le départ de la deuxième série. Les dirigeants de Sundance

injury. Both Beals and Durno questioned Crocker's ability to continue. It is clearly not open to Sundance to characterize itself as a stranger to Crocker's misfortune. The nexus between Sundance and Crocker is much too close for that. Sundance must accept the responsibility as the promoter of a dangerous sport for taking all reasonable steps to prevent a visibly incapacitated person from participating.

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.* (1920), 60 S.C.R. 310). 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 establishes a competition in a highly dangerous sport and runs the competition for profit, it owes a duty of care towards visibly intoxicated participants. The risk of calamity in the latter case is even more obvious than in the two preceding cases. I would conclude, therefore, that Sundance was subject to a duty to Crocker to take all reasonable steps to prevent him from entering such a competition. The question that must now be decided is whether Sundance took sufficient steps to discharge that duty.

2. *Standard of Care*

By definition, the standard of care is dependent on context. We must determine what steps a reasonable organization would have taken to prevent Crocker from competing in the tubing competition. In answering this question, as Laskin J. noted in *Jordan House* at p. 247, "it is relevant to relate the probability and the gravity of injury to

savaient très bien que l'état de Crocker augmentait les risques de blessure. Beals et Durno ont douté de la capacité de Crocker de continuer. De toute évidence Sundance ne peut pas dire qu'elle n'a rien à voir dans la malchance de Crocker. Le lien qui existe entre Sundance et Crocker est beaucoup trop étroit pour cela. Sundance doit accepter à titre de promoteur d'un sport dangereux la responsabilité d'avoir à prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher qu'une personne qui n'est manifestement pas en possession de ses moyens y participe.

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.* (1920), 60 R.C.S. 310). 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. Dans ce dernier cas, le risque de désastre est encore plus évident que dans les deux cas précédents. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que Sundance avait envers Crocker l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour l'empêcher de participer à une telle compétition. On doit maintenant décider si Sundance a pris des mesures suffisantes pour s'acquitter de cette obligation.

2. *Norme de diligence*

Par définition, la norme de diligence dépend du contexte. Il faut déterminer quelles mesures un organisme aurait raisonnablement prises pour empêcher Crocker de participer à la compétition de chambre à air. Pour répondre à cette question, comme le juge Laskin l'a fait remarquer dans l'arrêt *Jordan House* à la p. 247, «il y a lieu d'établir un rapport entre la probabilité de blessure et sa gravité et le fardeau auquel devrait faire face

the burden that would be imposed upon the prospective defendant in taking avoiding measures”.

In *Jordan House* this Court concluded that the defendant did not take the reasonable steps required to protect the plaintiff from injury. Laskin J. stated at p. 248:

There is, in my opinion, nothing unreasonable in calling upon the hotel in such circumstances to take care to see that Menow is not exposed to injury because of his intoxication. No inordinate burden would be placed upon it in obliging it to respond to Menow's need for protection. A call to the police or a call to his employer immediately come to mind as easily available preventive measures; or a taxi-cab could be summoned to take him home, or arrangements made to this end with another patron able and willing to do so. The evidence shows that the hotel had experience with or was sensitive to the occasional need to take care of intoxicated patrons. The operator had in other like instances provided rides. He also had spare rooms at the time into one of which Menow could have been put.

Numerous steps were open to Sundance to dissuade Crocker from competing. It could, for instance, have disqualified him when it realized he was drunk. This would have been the easiest course to follow. Or it could have tried to prevent him from competing. It certainly did not have to supply him with a fresh tube when he fell down on the slope before the second heat and his tube rolled down to the bottom of the hill! Sundance could have attempted to bring home to Crocker the risk of serious injury in competing while drunk. None of these preventive measures imposed a serious burden on the resort. And yet Sundance did none of them. Sundance officials made mild suggestions that Crocker might not be in any condition to race but this was as far as it went. I agree with the learned trial judge and with Dubin J.A. dissenting on the Court of Appeal that Sundance failed to meet its standard of care.

Finlayson J.A., for the majority of the Court of Appeal, thought otherwise. In his view Sundance did not have a duty to do anything more than warn “the participants as to the nature of the activity

le défendeur éventuel en essayant d'éviter l'accident».

Dans l'arrêt *Jordan House*, la Cour a conclu que la défenderesse n'avait pas pris les mesures raisonnables nécessaires pour protéger le demandeur contre des blessures. Le juge Laskin a dit à la p. 248:

À mon avis, il n'y a rien de déraisonnable à requérir l'hôtel, dans ces conditions, de veiller à ce que Menow ne soit pas exposé à des blessures du fait de son état d'ébriété. On ne le chargerait pas d'un fardeau excessif en l'obligeant à répondre au besoin de protection de Menow. On pense tout de suite à un appel à la police ou à son employeur comme mesures préventives aisément disponibles; il aurait pu appeler un taxi ou demander à un autre client apte et consentant à le faire, de ramener Menow chez lui. La preuve démontre que l'hôtel avait déjà fait face à la nécessité de prendre soin de clients en état d'ébriété ou qu'il était conscient de cette nécessité. L'exploitant avait déjà, dans des circonstances analogues, fait reconduire des clients. Il avait aussi à ce moment-là des chambres non occupées où il aurait pu loger Menow.

De nombreuses mesures s'offraient à Sundance pour dissuader Crocker de participer. Par exemple, elle aurait pu le disqualifier lorsqu'elle s'est rendu compte qu'il était ivre. Cette mesure aurait été la plus facile à appliquer. Elle aurait également pu tenter de l'empêcher de participer. Elle n'était certainement pas tenue de lui fournir une nouvelle chambre à air lorsqu'il est tombé sur la pente avant la deuxième série et que sa chambre à air a roulé jusqu'en bas. La défenderesse aurait pu tenter de faire comprendre au demandeur que le fait de participer en état d'ébriété comportait un risque de blessure grave. Aucune de ces mesures préventives n'imposait un fardeau particulier au centre de ski. Toutefois, Sundance n'en a pris aucune. Les dirigeants de Sundance ont dit sans insister que Crocker pouvait ne pas être en état de participer, mais c'est le plus loin qu'ils sont allés. Je conviens avec le juge de première instance et avec le juge Dubin, dissident en Cour d'appel, que Sundance n'a pas satisfait à sa norme de diligence.

Le juge Finlayson, au nom de la majorité en Cour d'appel, a conclu à l'inverse. À son avis, Sundance n'était pas tenue de faire plus qu'avertir [TRADUCTION] «les participants quant à la nature

with sufficient detail that they can assess the risks themselves". This duty, in his view, was not heightened by Crocker's drunkenness. Indeed, Finlayson J.A. stated at p. 620 that:

... [Crocker's] conduct on the day of the race was most reckless as to his own welfare and he asks to be excused from the tragic consequences of his actions on the ground that he was inebriated. He ignores the fact that drunkenness carries with it its own hazards and asks the court to reject any concept of individual responsibility so far as he is concerned but to apply it, none the less, to the defendant corporation.

With all due respect to Finlayson J.A., this approach is completely at odds with the thrust of the existing case law. The fact that Crocker was an irresponsible individual and was voluntarily intoxicated during the tubing competition is the very reason why Sundance was legally obliged to take all reasonable steps to prevent Crocker from competing. While it may be acceptable for a ski resort to allow or encourage sober able-bodied individuals to participate in dangerous recreational activities, it is not acceptable for the resort to open its dangerous competitions to persons who are obviously incapacitated. This is, however, what Sundance did when it allowed Crocker to compete. I conclude, therefore, that it failed to meet its standard of care in the circumstances.

3. Causation

Sundance strongly urged that, even if it was negligent, its negligence did not cause the injury suffered by Crocker. The argument here is that tubing is inherently dangerous and demands no skill whatsoever. It is thus no more risky to participate in this sport when inebriated than it is to participate in it when sober. Sundance submits, therefore, that Crocker's injury cannot be attributed to his drunkenness. The failure of Sundance to take reasonable steps to prevent Crocker from competing because he was drunk did not cause his injury.

de l'activité avec des détails suffisants pour leur permettre d'évaluer eux-mêmes les risques». À son avis, cette obligation n'a pas été accrue par l'ivresse de Crocker. En fait, le juge Finlayson a dit à la p. 620:

[TRADUCTION] ... la conduite [de Crocker] le jour de la course était des plus imprudentes pour sa propre santé et il demande d'être déchargé de la responsabilité des actes aux conséquences tragiques pour le motif qu'il était en état d'ébriété. Il ne tient pas compte du fait que l'ivresse comporte des dangers propres et demande à la cour de rejeter tout concept de responsabilité individuelle en ce qui le concerne, mais de l'appliquer, néanmoins, à la société défenderesse.

En toute déférence pour le juge Finlayson, cette approche est totalement incompatible avec le courant jurisprudentiel actuel. Le fait que Crocker était un irresponsable qui s'était volontairement enivré pendant la compétition de chambre à air constitue la raison même pour laquelle Sundance était juridiquement tenue de prendre toutes les mesures raisonnables pour l'empêcher de participer. Bien qu'il puisse être acceptable qu'un centre de ski permette à des personnes sobres et en bonne santé de participer à des activités récréatives dangereuses et les y encourage, il n'est pas acceptable que le centre permette à des personnes qui ne sont manifestement pas en possession de tous leurs moyens de participer à ses compétitions dangereuses. C'est cependant ce que Sundance a fait lorsqu'elle a permis à Crocker de participer. Par conséquent, je conclus que, dans les circonstances, elle n'a pas satisfait à son obligation de diligence.

3. Causalité

Sundance a plaidé avec vigueur que, même si elle a été négligente, sa négligence n'a pas causé la blessure de Crocker. L'argument avancé en l'espèce porte que la course de chambre à air est dangereuse en soi et n'exige absolument aucune habileté. Il n'est donc pas plus risqué de participer à ce sport en état d'ébriété que d'y participer en étant sobre. Par conséquent, Sundance soutient que la blessure de Crocker ne peut être attribuée à son état d'ébriété. La blessure subie par Crocker n'est pas imputable à l'omission de Sundance de prendre des mesures raisonnables pour l'empêcher de participer à la course parce qu'il était en état d'ébriété.

This submission is completely at odds with a finding of fact made at trial. The trial judge found that the risk of injury was greater for an inebriated competitor. He said at p. 153:

It was possible for the contestants to slow their tubes and to steer them to some extent by the way they dragged their feet. There was, therefore, greater danger for an intoxicated competitor who would be less inclined to slow, and less able to slow or steer his tube so as to avoid the moguls.

It is not the role of this Court to question such an eminently reasonable finding of fact.

4. *Voluntary Assumption of Risk*

The defence of voluntary assumption of risk is based on the moral supposition that no wrong is done to one who consents. By agreeing to assume the risk the plaintiff absolves the defendant of all responsibility for it. As Fleming puts it in *The Law of Torts, supra*, at p. 264:

Obviously this defence bears much resemblance to contributory negligence. Most often, indeed, the two defences overlap: viz. whenever knowingly to assume a risk is also negligent, e.g. riding in a car with a drunk driver. But like intersecting circles, some cases support one defence without the other; thus to assume the risk may in some circumstances be perfectly reasonable or (per contra) the risk, though unreasonable, may not be fully appreciated.

As long as either defence defeated the plaintiff entirely, precise demarcation served only academic interest, but the introduction of apportionment for contributory negligence has posed a serious problem concerning the future role of voluntary assumption of risk as a complete defence. It seems rather odd that a plaintiff who is himself negligent might now fare better than one who is not, e.g. that an intoxicated passenger should stand a better chance against a drunk driver than a passenger who is sober. The judicial response to this dilemma has been to impose ever stricter requirements for the defence

Cet argument est totalement incompatible avec une conclusion de fait énoncée en première instance. Le juge de première instance a conclu que le risque de blessure était plus grand pour un concurrent en état d'ébriété. Il a dit, à la p. 153:

[TRADUCTION] Les concurrents pouvaient ralentir leur chambre à air et les diriger dans une certaine mesure en traînant les pieds. Par conséquent, le danger était plus grand pour un concurrent en état d'ébriété qui aurait été moins porté à ralentir et moins en mesure de ralentir ou de diriger sa chambre à air de manière à éviter les bosses.

Ce n'est pas le rôle de cette Cour de remettre en question une telle conclusion de fait parfaitement raisonnable.

4. *Acceptation volontaire du risque*

La défense d'acceptation volontaire du risque est fondée sur l'hypothèse morale selon laquelle celui qui consent ne subit aucun préjudice. En acceptant d'assumer le risque, le demandeur dégage la défenderesse de toute responsabilité. Comme John Fleming l'a écrit dans *The Law of Torts, précité*, à la p. 264:

[TRADUCTION] De toute évidence, ce moyen de défense ressemble beaucoup à la négligence de la victime. En fait, il y a très souvent chevauchement des deux moyens de défense: c.-à-d. celui qui sciemment assume un risque est également négligent, par ex. monter dans une voiture dont le conducteur est en état d'ébriété. Toutefois, comme les cercles intersectés, certains cas appuient un moyen de défense sans appuyer l'autre; ainsi, il peut dans certaines circonstances être parfaitement raisonnable d'assumer le risque, ou (au contraire) le risque, bien que déraisonnable, peut ne pas être évalué à sa juste mesure.

Tant que l'un ou l'autre moyen de défense privait entièrement le demandeur de tout recours, une distinction précise ne pouvait avoir qu'un intérêt théorique, mais l'introduction du partage de la responsabilité pour négligence de la victime soulève un problème grave en ce qui a trait au rôle futur de l'acceptation volontaire du risque en tant que moyen de défense complet. Il semble plutôt étrange qu'un demandeur, qui est lui-même négligent, puisse être dans une meilleure position que celui qui ne l'est pas, par ex. qu'un passager en état d'ébriété aurait une meilleure chance contre un conducteur en état d'ébriété qu'un passager qui est sobre. Les tribunaux ont répondu à ce dilemme en imposant des exigences toujours plus strictes à l'égard du moyen de défense

of *volenti* to the point where it is now but rarely successful.

Presumably the reason for not formally drawing the defence within the net of apportionment (or what would amount to the same, flatly abolishing it) is the feeling that people should remain free to agree to waive their legal rights, at least under conditions of free and informed choice.

Since the *volenti* defence is a complete bar to recovery and therefore anomalous in an age of apportionment, the courts have tightly circumscribed its scope. It only applies in situations where the plaintiff has assumed both the physical and the legal risk involved in the activity (see: *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649).

In the present appeal an attempt could be made to found a *volenti* defence either on (a) Crocker's voluntary participation in a sport that was obviously dangerous or (b) the fact that Crocker signed a waiver form two days before the competition. I will examine each of these bases in turn.

The first basis can be disposed of in short order. Crocker's participation in the tubing competition could be viewed as an assumption of the physical risks involved. Even this, however, is dubious because of the fact that his mind was clouded by alcohol at the time. It is well-nigh impossible to conclude, however, that he assumed the legal risk involved. Sliding down a hill in an oversized inner tube cannot be viewed as constituting *per se* a waiver of Crocker's legal rights against Sundance.

The argument that Crocker voluntarily assumed the legal risk of his conduct by signing a combined entry and waiver form is not particularly convincing either. The trial judge, having heard all the evidence, drew the following conclusion on the issue of the waiver at pp. 158-59:

d'acceptation du risque au point qu'il est maintenant rarement invoqué avec succès.

Si le moyen de défense n'a pas été formellement inscrit dans le cadre du partage de la responsabilité (ou ce qui reviendrait au même, son abolition pure et simple), c'est vraisemblablement à cause du sentiment que chacun doit demeurer libre d'accepter de renoncer à ses garanties juridiques, du moins lorsque le choix est libre et éclairé.

Étant donné que le moyen de défense d'acceptation du risque empêche tout dédommagement et est par conséquent anormal à l'ère du partage de la responsabilité, les tribunaux lui ont imposé des limites strictes. Il ne s'applique que dans les cas où le demandeur a assumé à la fois le risque physique et le risque juridique qui découlent de l'activité (voir: *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] R.C.S. 322; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649).

En l'espèce, on peut tenter de fonder le moyen de défense d'acceptation du risque sur l'un ou l'autre des points suivants: a) la participation volontaire de Crocker à un sport qui était de toute évidence dangereux ou b) la signature d'un formulaire de renonciation deux jours avant la compétition. J'examinerai ces fondements l'un après l'autre.

Le premier moyen peut être réglé rapidement. La participation de Crocker à la compétition de chambre à air pourrait être considérée comme une acceptation des risques physiques qu'elle comportait. Toutefois, même cela est douteux en raison du fait que son esprit était obscurci par l'alcool à ce moment-là. Toutefois, il est presque impossible de conclure qu'il a assumé le risque juridique qui en découlait. Descendre une pente dans une chambre à air géante ne peut être considéré en soi comme une renonciation aux garanties juridiques que Crocker pouvait faire valoir contre Sundance.

L'argument selon lequel Crocker a volontairement assumé le risque juridique de sa conduite en signant un formulaire combiné d'inscription et de renonciation n'est pas non plus particulièrement convaincant. Le juge de première instance, après avoir entendu tous les témoignages, a tiré la conclusion suivante sur la question de la renonciation, aux pp. 158 et 159:

I find that no attempt was made to draw the release provision to Mr. Crocker's attention, that he did not read it, nor in fact, did he know of its existence. Therefore, Sundance had no reasonable grounds for believing that the release truly expressed Mr. Crocker's intention. In fact, in so far as he was signing anything other than an application form, his signing was not his act.

Given this finding of fact, it is difficult to conclude that Crocker voluntarily absolved the resort of legal liability for negligent conduct in permitting him, while intoxicated, to participate in its tubing competition. I would conclude, therefore, that Crocker did not, either by word or conduct, voluntarily assume the legal risk involved in competing. The *volenti* defence is inapplicable in the present case.

5. Waiver as Contractual Defence

Sundance correctly points out that a contractual waiver clause can serve as a full defence to a claim in tort. In *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589, the plaintiff took part in a snowmobile race. The plaintiff collided with Wood, an association official, who following usual practice had signalled the end of the race by moving to the middle of the track. The collision caused the plaintiff to strike the outside wall of the track. The plaintiff was injured and sued the Association in tort. This Court agreed with the courts below that, while the Association had been negligent, it was exonerated from liability by the waiver clause in the entry form.

Sundance argues that the situation in the present appeal is not dissimilar to that in *Dyck* and that the waiver signed by Crocker should relieve Sundance of liability for its negligent conduct. In my view this is not the case. There is a very significant difference between *Dyck* and the present appeal which, in my view, renders the

[TRADUCTION] Je conclus qu'on n'a pas tenté d'attirer l'attention de M. Crocker sur la clause de décharge, qu'il ne l'a pas lue et qu'en fait, il n'en connaissait pas l'existence. Par conséquent, Sundance n'avait aucun motif raisonnable de croire que la décharge exprimait véritablement l'intention de M. Crocker. En fait, dans la mesure où il signait un document autre qu'un formulaire d'inscription, sa signature ne correspondait pas à sa volonté.

Compte tenu de cette conclusion de fait, il est difficile de conclure que Crocker a volontairement relevé le centre de ski de sa responsabilité juridique pour la conduite négligente dont elle a fait preuve en lui permettant de participer à sa compétition de chambre à air, bien qu'il ait été en état d'ébriété. Par conséquent, je conclus que Crocker n'a ni verbalement ni par sa conduite volontairement assumé le risque juridique que comportait la compétition. Le moyen de défense d'acceptation du risque ne s'applique pas en l'espèce.

5. La renonciation à titre de moyen de défense contractuelle

Sundance souligne à bon droit qu'une clause de décharge contractuelle peut servir de défense complète contre une réclamation en responsabilité délictuelle. Dans l'affaire *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589, le demandeur a pris part à une course de motoneige. Le demandeur a heurté Wood, un responsable de l'association, qui selon sa pratique habituelle s'était avancé au milieu de la piste pour signaler la fin de la course. Par suite de la collision le demandeur a heurté le mur extérieur de la piste. Le demandeur a été blessé et a poursuivi l'Association en responsabilité délictuelle. Cette Cour a fait siennes les décisions des tribunaux d'instance inférieure selon lesquelles, bien que l'Association ait été négligente, elle a été exonérée de toute responsabilité par la clause de décharge sur la formule d'inscription.

Sundance soutient que la situation en l'espèce n'est pas différente de celle de l'affaire *Dyck* et que la décharge signée par Crocker devrait décharger Sundance de toute responsabilité à l'égard de sa conduite négligente. À mon avis, tel n'est pas le cas. Il existe une différence très importante entre l'affaire *Dyck* et le présent pourvoi qui, à mon avis,

reasoning in *Dyck* inapplicable here. In *Dyck* the plaintiff had read the rules of the Association that purported to release the Association from liability for injuries suffered in the Association's races. The plaintiff in *Dyck* signed the waiver in full knowledge of the Association's intention to exempt itself from liability. Not so here. As already mentioned, the trial judge found that the waiver provision in the entry form was not drawn to the plaintiff's attention, that he had not read it, and, indeed, did not know of its existence. He thought he was simply signing an entry form. In these circumstances Sundance cannot rely upon the waiver clause in the entry form.

6. *Contributory Negligence*

The learned trial judge concluded that, since the plaintiff's voluntary intoxication contributed to the mishap, Crocker should be held to be 25 per cent contributorily negligent. Neither Crocker nor Sundance challenged this conclusion. I see no reason, therefore, for this Court to interfere with it.

IV Conclusion

Sundance put on a dangerous event to draw people to its resort and enhance its profits. It allowed, and indeed aided, Crocker, a visibly intoxicated person, to participate in the event. In so doing it breached the duty of care it owed him. It is, accordingly, liable for the damage that resulted from its negligence.

I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the judgment of Fitzpatrick J. on the issue of liability. I would order a new trial as to the quantum of damages. At trial the appellant's life expectancy was set at two years. The Court of Appeal received fresh evidence on the issue of the life expectancy of the appellant. The Court of Appeal were unanimous in the view that the fresh evidence would have necessitated a new trial on the issue of dam-

rend le raisonnement dans l'arrêt *Dyck* inapplicable en l'espèce. Dans l'affaire *Dyck*, le demandeur avait lu le règlement de l'Association qui avait pour effet de dégager cette dernière de toute responsabilité pour les blessures subies pendant les courses qu'elle organisait. Il avait signé la décharge en pleine connaissance de l'intention de l'Association de s'exonérer de toute responsabilité. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Comme je l'ai déjà mentionné, le juge de première instance a conclu que la renonciation que contenait le formulaire d'inscription n'avait pas été portée à l'attention du demandeur, que celui-ci ne l'avait pas lue et, en fait, qu'il n'en connaissait pas l'existence. Il croyait qu'il signait simplement un formulaire d'inscription. Dans ces circonstances, Sundance ne peut se fonder sur la clause de décharge que contient le formulaire d'inscription.

d 6. *Négligence de la victime*

Le juge de première instance a conclu que, puisque l'ivresse volontaire du demandeur a contribué à l'accident, 25 pour 100 de la faute devrait être imputée à Crocker. Cette conclusion n'a été contestée ni par Crocker ni par Sundance. Par conséquent, je ne vois aucune raison pour que cette Cour la modifie.

f IV Conclusion

Sundance a organisé une épreuve sportive dangereuse pour attirer des personnes dans son centre de ski et augmenter ses bénéfices. Elle a permis à Crocker, une personne manifestement en état d'ébriété, de participer à l'épreuve et en fait l'a aidé à le faire. Ainsi, elle n'a pas respecté l'obligation de diligence qu'elle avait envers lui. Par conséquent, elle est responsable des dommages qui résultent de sa négligence.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge Fitzpatrick sur la question de la responsabilité. Je suis d'avis d'ordonner un nouveau procès en ce qui a trait au montant des dommages-intérêts. En première instance, on a fixé l'espérance de vie de l'appelant à deux ans. La Cour d'appel a admis de nouveaux éléments de preuve sur l'espérance de vie de l'appelant. La Cour d'appel, à l'unanimité, était d'avis que les

ages had Sundance been found liable. I agree. My conclusion as to liability, therefore, requires an order for a new trial on the issue of damages.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondent: Gowling & Henderson, Toronto.

nouveaux éléments de preuve auraient nécessité un nouveau procès sur la question des dommages-intérêts si Sundance avait été jugée responsable. Je suis d'accord. Par conséquent, ma conclusion sur la responsabilité requiert qu'un nouveau procès soit ordonné sur la question des dommages-intérêts.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Gowling & Henderson, Toronto.

Central Trust Company Appellant

v.

Jack P. Rafuse and Franklyn W. Cordon
Respondents

INDEXED AS: CENTRAL TRUST CO. v. RAFUSE

File No.: 17753.

Re-hearing: 1988: June 30.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer,
Wilson and Le Dain JJ.APPLICATION TO VARY JUDGMENT OF SUPREME
COURT OF CANADA

Judgments and orders — Motion to vary — Order as to quantum and interest — Interest running from date fixed in pre-trial agreement — Parties to agreement intending interest to run only until date of order for trial judgment and not for appeal period — Judgment varied.

RE-HEARING of an appeal, [1986] 2 S.C.R. 147, for the purpose of varying the judgment. Application to vary judgment allowed on re-hearing.

B. A. Crane, Q.C., for the appellant.

Reginald Cluney, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—Justice Le Dain will deliver the judgment of the Court.

LE DAIN J.—The application is allowed and the judgment of the Court pronounced on October 9, 1986 is varied by the addition after the words “April 14, 1982” of the words “until August 9, 1982”. There will be no costs on the motion for a re-hearing or on the re-hearing.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Daley, Black & Moreira, Halifax.

Solicitors for the respondents: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.

Central Trust Company Appelante

c.

Jack P. Rafuse et Franklyn W. Cordon*a Intimés*

RÉPERTORIÉ: CENTRAL TRUST CO. c. RAFUSE

N° du greffe: 17753.

b Nouvelle audition: 1988: 30 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

c DEMANDE DE RECTIFICATION D'UN JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Jugements et ordonnances — Demande de rectification — Ordonnance fixant l'indemnité et l'intérêt — Intérêt courant de la date fixée dans l'entente conclue par les parties avant le procès — Les parties à l'entente prévoient que l'intérêt courait seulement jusqu'à la date de l'ordonnance de jugement de première instance et non pendant le délai d'appel — Jugement rectifié.

e NOUVELLE AUDITION d'un pourvoi, [1986] 2 R.C.S. 147, aux fins de modifier le jugement. Demande de rectification de jugement accueillie à la nouvelle audition.

B. A. Crane, c.r., pour l'appelante.

f Reginald Cluney, c.r., pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

g LE JUGE EN CHEF—Le juge Le Dain prononcera le jugement de la Cour.

LE JUGE LE DAIN—La requête est accueillie et l'arrêt rendu par la Cour le 9 octobre 1986 est modifié par l'ajout aux mots «14 avril 1982» des mots «jusqu'au 9 août 1982». Il n'y aura pas d'adjudication de dépens relativement à la requête en nouvelle audition ni relativement à la nouvelle audition.

i Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Daley, Black & Moreira, Halifax.

j Procureurs des intimés: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.

INDEX

APPEAL

1. Appeal as of right – Cross-Appeal – Supreme Court Rules, s. 29.

R. v. LÉVESQUE, 231.

2. Appeal by way of trial de novo – Whether appeal by way of trial de novo inconsistent with s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, ss. 75, 78.

CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC v. THIBAUT, 1033.

3. Cross-appeal – Motion made at hearing – Motion dismissed as tardy.

SACCHETTI v. LOCKHEIMER, 1049.

4. Interpretation of a contract for the provision of hydro-electric energy – Appeal moot in view of this Court's judgment: Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp.

HYDRO-QUÉBEC v. CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORP., 1087.

ARBITRATION

Criteria – Distinction between arbitration and expert opinion – Undertaking to arbitrate – Mediation – Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25, ss. 940 to 951.

SPORT MASKA INC. v. ZITTRER, 564.

BANKRUPTCY

Debt priority – Liquidation of property of bankrupt in possession of secured creditor outside bankruptcy – Whether to apply provisions of Bankruptcy Act indicating order of priority for payment of creditors or provisions of provincial law governing order of collocation – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 47, 49(2), 107 – Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3, s. 110(1).

FEDERAL BUSINESS DEVELOPMENT BANK v. QUEBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL), 1061.

COMBINES

Pyramid selling – Interpretation of a “scheme of pyramid selling” within the definition of s. 36.3(1) of the Act – Prohibition order – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 36.3(1).

SHAKLEE CANADA INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 662.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights – Life, liberty and security of the person – Fundamental justice – Abortion – Criminal Code prohibiting abortion except where life or health of woman endangered – Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person – If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice – Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.

R. v. MORGENTALER, 30.

2. Jurisdiction – Superior court powers and inter-delegation – Whether or not therapeutic abortion committees exercising s. 96 court functions – Whether or not abortion provisions improperly delegate criminal law powers – Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 96.

R. v. MORGENTALER, 30.

3. Charter of Rights – Whether or not Attorney General's right of appeal constitutional – Costs – Whether or not prohibition on costs constitutional – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605, 610(3).

R. v. MORGENTALER, 30.

4. Continuance of laws – Saskatchewan Act – Language rights – Legislature and courts of Saskatchewan – Whether s. 100 of The North-West Territories Act continued to apply to Saskatchewan by virtue of the Saskatchewan Act – Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, ss. 14, 16.

R. v. MERCURE, 234.

5. Amendment of provincial constitution – Language rights – Legislature and courts of Saskatchewan – Whether rights derived from s. 110 of The North-West Territories Act can be modified unilaterally by Saskatchewan – Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, s. 16 – Constitution Act, 1982, s. 45.

R. v. MERCURE, 234.

6. Language rights – Saskatchewan statutes – Whether s. 110 of the North-West Territories Act requires Saskatchewan Legislature to publish its laws in English and in French – Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, ss. 14, 16.

R. v. MERCURE, 234.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

7. Language rights – Saskatchewan courts – Provincial offence – Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Saskatchewan courts – Content of right – The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 (am. S.C. 1891, c. 22, s. 18) – Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, s. 16.

R. v. MERCURE, 234.

8. Distribution of legislative powers – Ocean pollution – Dumping of waste in provincial marine waters – Federal legislation prohibiting dumping of any substance at sea except in accordance with the terms and conditions of a permit – Definition of sea in federal legislation including internal waters of Canada other than fresh waters – Validity of federal legislation – Whether ocean pollution a matter of national concern falling within Parliament's power to legislate in respect of the peace, order and good government of Canada – Ocean Dumping Control Act, S.C. 1974-75-76, c. 55, s. 4(1) – Constitution Act, 1867, s. 91 "preamble".

R. v. CROWN ZELLERBACH CANADA LTD., 401.

9. Canadian Bill of Rights – Equality before the law – Criminal Code provision not proclaimed in all provinces – Whether or not non-universal application resulting in breach of equality before the law – Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).

R. v. CORNELL, 461.

10. Charter of Rights – Right to life, liberty and security of the person and right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice – Criminal Code provision not proclaimed in all provinces – Whether or not application of Criminal Code provision in breach of s. 7 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am.

R. v. CORNELL, 461.

11. Charter of Rights – Arbitrary detention – Random stopping of motor vehicles for spot check of driver's licences and proof of insurance, mechanical fitness of vehicles and sobriety of drivers – Stop authorized by statute – Choice of vehicles to be stopped in discretion of police officer – Whether detained – Whether arbitrarily detained – If so, whether justified under s. 1 of Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9 – Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a, 189a(1), (2), as am. – Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

R. v. HUFKY, 621.

12. Charter of Rights – Unreasonable search – Random stopping of motor vehicles for spot check of driver's licences and proof of insurance – Compelled production of driver's licence and insurance card for inspection – Whether search – If so, whether unreasonable search – If so, whether justified under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 – Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a, 189a, as am. – Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

R. v. HUFKY, 621.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

13. Charter of Rights – Right to counsel – Meaning of "detention" – Accused refusing to provide a breath sample for a roadside screening device – Whether a person subject to a s. 234.1(1) demand for a breath sample for a roadside screening device being "detained" and having right to counsel under s. 10 of the Charter – If so, whether the right to counsel is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1.

R. v. THOMSEN, 640.

14. Charter of rights – Enforcement of rights – Combines Investigation – Admissibility of evidence discovered as a result of an unconstitutional and illegal search – Whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute – No error in the Court of Appeal's exercise of its jurisdiction to review trial judge's finding under s. 24(2) of the Charter – Appeal as of right – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2) – Combines Investigation Act.

R. v. DAIRY SUPPLIES LTD., 665.

15. Charter of Rights – Search and seizure – Tax evasion – Evidence obtained before Charter coming into force pursuant to a section of the federal Income Tax Act found later to be contrary to the Charter – No retrospective application of the Charter.

R. v. JAMES, 669.

16. Charter of Rights – Fair trial – Examination of accused as to previous convictions – Accused charged with murder – Previous conviction of a similar nature to offence charged admitted into evidence – Whether s. 12(1) of the Canada Evidence Act inconsistent with s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. CORBETT, 670.

17. Applicability of provincial legislation – Occupational health and safety – Federal undertaking – Whether provincial legislation regulating health and safety in the workplace constitutionally applicable to federal undertaking – Double aspect theory – Impairment – Conflict with federal statute – Constitution Act, 1867, ss. 91(29), in fine, 92(10), (13), (16) – Act respecting occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63, ss. 33, 36, 37, 40 to 45 – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.

BELL CANADA V. QUEBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL), 749.

18. Applicability of provincial legislation – Occupational health and safety – Federal undertaking – Provincial commission of inquiry – Inquiry into railway accident involving trains of federal railway undertaking – Commission created pursuant to provincial occupational health and safety statute – Whether provincial statute regulating occupational health and safety conditions constitutionally applicable to federal undertaking – Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10) – Act respecting

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

occupational health and safety, S.Q. 1979, c. 63, ss. 62, 177 to 193.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. COURTOIS, 868.

19. Applicability of provincial legislation – Occupational health and safety – Federal undertaking – Federal undertaking not complying with provincial regulations on health and safety – Whether provincial legislation which regulates occupational or industrial health and safety conditions in the workplace applicable to a federal undertaking – Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)a. – Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437 – Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77, ss. 4.04, 14.08.

ALLTRANS EXPRESS LTD. v. BRITISH COLUMBIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 897.

20. Charter of Rights – Presumption of innocence – Possession of house-breaking instruments – Whether accused bearing persuasive burden of establishing lawful excuse to justify his actions where intent to use the instruments for house-breaking purposes admitted – Whether s. 309(1) of the Criminal Code violated s. 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. HOLMES, 914.

21. Charter of Rights – Right to fair trial – Remedies – Motion for stay of proceedings pursuant to s. 24 of the Charter – Widely reported speech in National Assembly respecting accused's defence and credibility of a witness – Whether right to fair trial jeopardized – Whether stay of proceedings should be upheld – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).

R. v. VERMETTE, 985.

22. Indians – Paramourncy – Highway traffic regulation on reserves – Conviction under provincial legislation for offence occurring on Indian reserve – Provincial legislation not inconsistent with federal regulations – Whether or not provincial legislation applicable – Motor Vehicle Act, R.S.N.B. 1973, c. M-17, s. 167(b) – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 73(1)(c), 88 – Indian Reserve Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 959, s. 6.

R. v. FRANCIS, 1025.

23. Charter of Rights – Double jeopardy – Dismissal of complaint for illegal practice of medicine – Appeal by way of trial de novo from acquittal – Whether appeal by way of trial de novo mentioned in ss. 75 and 78 of Summary Convictions Act infringes s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement saved by s. 1 of Charter – Meaning of phrase “finally acquitted”.

CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC v. THIBAUT, 1033.

24. Charter of Rights – Scope – Double jeopardy – Appeal by way of trial de novo from acquittal – Appeal dismissed before Canadian Charter of Rights and Freedoms came into

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

effect – Charter in effect at time plea of autrefois acquit raised – Whether accused can claim protection of s. 11(h) of Charter.

CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC v. THIBAUT, 1033.

25. Charter of Rights – Scope – Exception by express provision – Expiry of five-year period after exception clause came into effect – Exception clause not applicable – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 – Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, s. 132.

CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC v. THIBAUT, 1033.

26. Charter of Rights – Right to retain and instruct counsel – Appellant not informed of right on initial detention – Evidence given voluntarily after being informed of right to counsel – Evidence not obtained in manner breaching a Charter right within meaning of s. 24 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24.

R. v. UPSTON, 1083.

27. Charter of Rights – Retrospectivity – Fundamental justice – Statutory rape – Defence of mistake as to age statutorily denied – Conduct giving rise to charge arising before proclamation of Charter – Trial held after Charter in effect – Whether Charter can be invoked – Whether s. 146(1) of Criminal Code infringes s. 7 of Charter – If so, whether section justified under s. 1 of Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 146(1).

R. v. STEVENS, 1153.

CONTRACTS

Interpretation – Statutory lease – Clause 2(e) of Part I of lease properly construed by Court of Appeal and Trial Division.

NEWFOUNDLAND (ATTORNEY GENERAL) v. CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORP., 1085.

COURTS

1. Appellate court jurisdiction – Whether or not appellate court's powers of review properly exercised – Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 3 – Alberta Rules of Court, Rules 505, 518.

MOLCHAN v. OMEGA OIL AND GAS LTD., 348.

2. Jurisdiction – Corporations – Determination of fair market value of shares – Appellate court varying disposition at trial – No error shown on part of trial judge – Appeal allowed.

LOCICERO v. B.A.C.M. INDUSTRIES LTD., 399.

3. Procedure – Application to admit new evidence on appeal – Whether or not Court erred in not ordering new trial after admitting introduction of new evidence – Whether or not Court of Appeal erred in applying proviso that no substantial

COURTS—Concluded

miscarriage of justice had taken place – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 610, 613(1)(b)(iii).

R. v. STOLAR, 480.

CRIMINAL LAW

1. Charge to jury – Parties by common intention – Accused committing crime they set out to do – Whether trial judge erred in instructing jury with respect to s. 21(2) of the Criminal Code.

R. v. SIMPSON, 3.

2. Charge to jury – Four accused charged with murder – Co-accused pleading guilty to a charge of conspiracy to commit murder – Whether trial judge erred in failing to warn jury that co-accused's guilty plea of conspiracy was no evidence against other accused.

R. v. SIMPSON, 3.

3. Substantial wrong and miscarriage of justice – Numerous errors on the part of trial judge – Misdirection with respect to s. 21(2) of the Criminal Code – Exclusion of admissible statement – Failure to warn jury that co-accused's guilty plea of conspiracy was not evidence against other accused – Whether s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code applicable.

R. v. SIMPSON, 3.

4. Abortion – Criminal Code prohibiting abortion and procuring of abortion except where life or health of woman endangered – Whether or not abortion provisions *ultra vires* Parliament – Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person – If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice – Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

R. v. MORGENTALER, 30.

5. Juries – Address to jury advising them to ignore law as stated by judge – Counsel wrong.

R. v. MORGENTALER, 30.

6. Procedure – Guilty plea – No valid grounds to permit accused to change his plea.

R. v. ANTOINE, 212.

7. Stay of prosecution – Whether Crown's handling of a private prosecution justified a stay of prosecution of the accused.

R. v. CRONIN, 213.

8. Directed verdict – Appeal as of right – No error in the disposition of the case by the Court of Appeal.

R. v. GRAHAM, 214.

9. Discharge of firearm to prevent arrest – Gunfire exchanged between accused and Forest Service officers – Rights and powers of Forest Service officers uncertain at the

CRIMINAL LAW—Continued

time of the incident five years ago – Interests of justice best served by restoring the acquittals.

R. v. GODIN, 226.

10. Sexual assault – Similar fact evidence – Respondent charged with sexual assault on a minor – Evidence coming from children other than complainant – Whether such evidence admissible.

R. v. GREEN, 228.

11. Legality of arrest – Whether the Court of Appeal erred in holding that the police officers were acting within the scope of their authority when they entered the private dwelling – Appeal as of right.

R. v. MILLER, 230.

12. Charge to the jury – Prior inconsistent statements – Whether trial judge's directions to the jury sufficient.

R. v. LÉVESQUE, 231.

13. Defence – Self-defence – Trial judge's directions to the jury – Whether the Court of Appeal erred in law – Appeal as of right.

R. v. BÉDARD, 233.

14. Provincial offence – Trial – Saskatchewan courts – Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Saskatchewan courts – Content of right – The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 (am. S.C. 1891, c. 22, s. 18) – Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42, s. 16.

R. v. MERCURE, 234.

15. Evidence – Whether the trial judge erred in discounting the accused's testimony – Appeal as of right.

R. v. REAKES, 395.

16. Mandatory roadside breath testing – Section not proclaimed in all provinces – Conviction of impaired driving in province where provision in force – Whether or not non-universal application resulting in breach of equality before the law – Whether or not application of provision in breach of s. 7 of the Charter – Whether or not provision under which conviction procured inoperative – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am. – Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, ss. 15, 102(3) – Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

R. v. CORNELL, 461.

17. Appeal as of right – Interception of communications – Authorization to intercept private communications – Whether authorization embraced manner of interception employed.

R. v. LAFRANCE, 617.

18. Appeal as of right – Sexual assault – Evidence of child – Whether dissent in the Court of Appeal on a question of law – Appeal quashed.

R. v. LANG, 618.

CRIMINAL LAW—Continued

19. Interception of communications – Authorization to intercept private communications – Admissibility of evidence – Description of manner of interception – Appeal as of right.

R. v. LAWRENCE, 619.

20. Refusal to provide sample of breath for roadside screening device – Random stopping of motor vehicles for spot check of driver's licences and proof of insurance, mechanical fitness of vehicles and sobriety of drivers – Whether random stop for the purposes of the spot check procedure infringed right not to be arbitrarily detained – If so, whether justified under s. 1 of the Charter – Whether spot check of driver's licence and proof of insurance infringed right to be secure against unreasonable search – If so, whether justified under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 9 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am. – Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 19(1), 30a, 189a, as am. – Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).

R. v. HUFISKY, 621.

21. Constitutional law – Canadian Bill of Rights – Equality before the law – Mandatory roadside breath testing – Criminal Code provision not proclaimed in all provinces – Whether non-universal proclamation and application infringed right to equality before the law – Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1, as am.

R. v. HUFISKY, 621.

22. Abuse of process – Two juries unable to reach verdict – Crown proceeding to third trial – No prosecutorial misconduct – Whether or not third trial would constitute abuse of process – Whether or not prosecutorial misconduct essential element of abuse of process.

R. v. KEYOWSKI, 657.

23. Charter of rights – Legal rights – Fundamental justice – Whether conduct of Crown at trial infringed rights of appellants – Court of Appeal setting aside stay of proceedings and ordering a new trial – No error in the Court of Appeal's exercise of its jurisdiction to review the judge's entering of a stay of proceedings.

R. v. BOOTH, 663.

24. Accused charged with conspiracy to import narcotics and bribery of officer – Rule against multiple convictions – Whether correspondence between the elements of the offences sufficient to sustain the operation of the rule against multiple convictions.

R. v. IUCULANO AND BORRELLI, 667.

25. Possession of house-breaking instruments – Burden of proof – Presumption of innocence – Whether accused bearing persuasive burden of establishing lawful excuse to justify his actions where intent to use the instruments for house-breaking purposes admitted – Whether s. 309(1) of the Criminal Code

CRIMINAL LAW—Concluded

violated s. 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. HOLMES, 914.

26. Elements of offence – Burden of proof – Possession of house-breaking instruments – Whether accused's intent to use the instruments for house-breaking an essential element of the offence – Whether accused required to prove innocent intent on a balance of probabilities – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 309(1).

R. v. HOLMES, 914.

27. Theft and fraud of information – Hotel employee contacted by accused to obtain the names, addresses and telephone numbers of hotel employees – Information sought confidential to the hotel – Whether accused's conduct constitutes counselling theft or fraud – Whether "anything" in s. 283(1) of the Criminal Code includes confidential information – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 338(1).

R. v. STEWART, 963.

28. Sexual offences – Charges involving three complainants – Delays in reporting alleged incidents – No error of law on the part of the trial judge.

R. v. STERNE, 1093.

29. Narcotics – Trafficking in a narcotic – Admissibility of certificate of analysis – Notice of intended use of certificate – Whether notice reasonable – Appeals as of right.

R. v. BACHMAN, 1094.

30. Trial – Accused convicted of first degree murder – Serious doubt as to the integrity of the conduct of the Crown and the police at trial – New trial ordered.

R. v. DUFRESNE, 1095.

31. Procedure – Autrefois acquit – Information failing to allege material averment – Defective counts quashed – New information sworn containing necessary words – Whether or not plea of autrefois acquit available – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(1), (3), (4), 535(1), (3), (4), (5), 537(1).

R. v. MOORE, 1097.

32. Statutory rape – Defence of mistake as to age statutorily denied – Conduct giving rise to charge arising before proclamation of Charter – Trial held after Charter in effect – Whether Charter can be invoked – Whether s. 146(1) of Criminal Code infringes s. 7 of Charter – If so, whether section justified under s. 1 of Charter.

R. v. STEVENS, 1153.

EVIDENCE

1. Admissibility of statement – Accused's first statement admitted into evidence – Second statement made two hours later excluded – Defence seeking to use second statement as evidence to show accused's state of mind when first statement

EVIDENCE—Concluded

made and to rebut suggestion of recent fabrication of a defence – Whether trial judge erred in excluding second statement.

R. v. SIMPSON, 3.

2. Witnesses – Credibility – Examination of accused as to previous convictions – Accused charged with murder – Previous conviction of a similar nature to offence charged admitted into evidence – Whether trial judge had discretion to exclude prejudicial evidence of previous conviction – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12(1).

R. v. CORBETT, 670.

EXTRADITION

1. Double criminality rule – Fugitive convicted in Washington State – Washington crime not importing element of fraud found in similar Canadian crime – Whether the double criminality rule requires the elements of the extradition crime to be the same in the requesting and the requested state or whether it merely requires the act charged to be a listed crime in both countries – Whether or not extradition judge can infer fraud from non-return of goods – Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 2, 3, 10(1), 18(1)(a), (b), Schedule 1 – Canada-U.S.A. Extradition Treaty, 1976, arts. 2(1), 9(1), (2) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 290(1) – Revised Code of Washington, Title 9A, RCW 9A.56.020(1)(a), 9A.56.040.

WASHINGTON (STATE OF) v. JOHNSON, 327.

2. International law – Rule of Specialty – Extradition arrangement with a foreign state – Prosecution for crimes listed in extradition request – Immunity for crimes committed before surrender – Reasonable opportunity to return to the requested state – Whether immunity from prosecution perpetual – Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, s. 33.

R. v. PARISIEN, 950.

FAMILY LAW

1. Matrimonial property – Division – Acquisition and preservation of marital property resulting almost exclusively from wife's efforts – No significant contribution by husband to child care, household management and financial provision – Proper exercise of trial judge's discretion to depart from the general principle of equal division of marital property – Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1, ss. 2, 7.

LEBLANC v. LEBLANC, 217.

2. Guardianship order – Best interests of children – Moral turpitude and naming of prospective adoptive parents not among elements set out by statute for determining child's best

FAMILY LAW—Concluded

interests – Whether Court of Appeal properly substituted custody order for guardianship order – Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 53(2), 56(1).

NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) v. C. (G. C.), 1073.

INDIANS

1. Hunting rights – Right of access to private lands for hunting purposes – Lands in question unposted – Whether or not a right of access derived from The Wildlife Act – Whether or not a right of access derived from custom – Whether or not a right of access derived from Treaty No. 6 – Natural Resources Transfer Agreement, S.S. 1930, c. 87, ss. 2, 12 – The Wildlife Act, S.S. 1979, c. W-13.1, s. 38 – The Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83, c. 20, s. 7 – Treaty No. 6.

R. v. HORSE, 187.

2. Reserves – Highway traffic regulation on reserves – Provincial legislation not inconsistent with federal regulations – Whether or not provincial legislation applicable.

R. v. FRANCIS, 1025.

INSURANCE

Assignments – Legal actions – Insurance company settling claim for an amount exceeding policy limits contrary to instructions – Insured assigning cause of action for failure to defend the action properly – Assignment valid.

INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA v. FREDRIKSON, 1089.

JUDGMENTS AND ORDERS

1. Reversal – Consent to reversal of judgment – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 75.

CANADIAN PACIFIC LTD. v. DRUMHELLER (CITY), 1091.

2. Motion to vary – Order as to quantum and interest – Interest running from date fixed in pre-trial agreement – Parties to agreement intending interest to run only until date of order for trial judgment and not for appeal period – Judgment varied.

CENTRAL TRUST CO. v. RAFUSE, 1206.

MUNICIPAL LAW

1. Business tax – Entry of an immoveable on the roll of rental value – Complaint – Jurisdiction of the Board of Revision of the Real Estate Assessment of Quebec.

CÔTE SAINT-LUC (TOWN OF) v. STERN, 215.

2. Real estate assessment – Amendment of assessment roll – Mandamus – Assessment roll deposited for municipal fiscal

MUNICIPAL LAW—Concluded

year 1980 – Roll prepared in accordance with provisions of legislation prior to the new Act on municipal taxation – Refusal by assessor to amend assessment roll to take into account median proportion mentioned in new Act – Whether assessor refused to perform duty imposed on him by new Act – Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, S.Q. 1979, c. 72, ss. 42, 147, 264, 531.

NORTHERN TELECOM LTD. V. CORMIER, 996.

PARTNERSHIP

Relationship between general and limited partners – Partnership's capital exhausted and certain operations ceased – General Partner buying partnership's non-producing lands in return for common shares in parent company – Lands in turn sold to parent company – Whether or not general partner in breach of statutory duty not to do any act making it impossible to carry on the ordinary business of the limited partnership – Whether or not General Partner in breach of fiduciary duty to Limited Partner – Partnership Act, R.S.A. 1980, c. P-2, s. 55(b).

MOLCHAN V. OMEGA OIL AND GAS LTD., 348.

PRIVILEGES

Workmen's privileges – Leasing of a building to be constructed – Clause in lease providing that lessee had to have a substantial part of the construction work carried out at its own expense – Respondent hired by lessee to carry out its share of the work – Validity of privileges registered by respondent against owner's immovable – Whether agreement between owner and lessee constitutes a construction contract conferring status of a contractor on lessee – Civil Code, arts. 2013e, 2013f.

INDUSTRIES PROVIDAIR INC. V. KOLOMEIR, 1132.

RAILWAYS

Canadian Transport Commission – Jurisdiction – Abandonment of track authorized – Whether authorization within the jurisdiction of the commission.

CANADIAN PACIFIC LTD. V. DRUMHELLER (CITY), 1091.

REGISTRATION

1. Subdivision – Original lots subdivided – Subdivision effective from deposit in Registry Office of plan and book of

REGISTRATION—Concluded

reference approved by Minister – Subdivision valid notwithstanding registrar's failure to enter subdivisions on index of original lots – Subdivided lots unaffected by registrations made against original lots after subdivision took effect – Civil Code, arts. 2168, 2175 – Cadastre Act, R.S.Q. 1977, c. C-1, ss. 14, 15.

SACCHETTI V. LOCKHEIMER, 1049.

2. Subdivision – Subdivision not being a real right, subject to no registration requirement – General rules of registration under arts. 2082, 2083 and 2085 C.C. inapplicable – Civil Code, arts. 2082, 2083, 2085, 2175 – Cadastre Act, R.S.Q. 1977, c. C-1, s. 14.

SACCHETTI V. LOCKHEIMER, 1049.

TORTS

1. Courts – Rules of court providing for advance payment where "liability is established" – Advance payment sought from C.N.R. only, and granted – Absent a claim, appeal against VIA Rail dismissed – Application for interest on moneys ordered to be advanced dismissed – Costs awarded.

STAMPER V. C.N.R., 396.

2. Defamation – Non-pecuniary damages – Assessment – Whether jury's award of \$135,000 unreasonable – Publication of judgment.

SNYDER V. MONTREAL GAZETTE LTD., 494.

3. Negligence – Sporting accident – Competition inherently dangerous – Participant visibly intoxicated – Whether or not competition organizers had a positive duty to take steps to remove drunk competitor from competition.

CROCKER V. SUNDANCE NORTHWEST RESORTS LTD., 1186.

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Labour disputes – Unemployment due to a work stoppage – Claimant not a member of the striking local but a member of another local of the same union – Portion of claimant's mandatory union dues deducted prior to the strike diverted by the union to International Union's strike fund – Fund used to pay strikers at claimant's place of work – Whether claimant was financing the labour dispute – Whether claimant entitled to unemployment insurance benefits – Meaning of the word "financing" in s. 44(2)(a) of the Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

HILLS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 513.

INDEX

APPEL

1. Pourvoi de plein droit – Pourvoi incident – Règles de la Cour suprême, art. 29.

R. C. LÉVESQUE, 231.

2. Appel par voie de procès de novo – L'appel par voie de procès de novo d'un acquittement est-il incompatible avec l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés – Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15, art. 75, 78.

CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC C. THIBAUT, 1033.

3. Pourvoi incident – Requête présentée à l'audition – Requête rejetée pour tardiveté.

SACCHETTI C. LOCKHEIMER, 1049.

4. Interprétation d'un contrat d'énergie hydro-électrique – Pourvoi sans objet vu l'arrêt de cette Cour: Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls (Labrador) Corp.

HYDRO-QUÉBEC C. CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORP., 1087.

ARBITRAGE

Critères – Distinction entre arbitrage et expertise – Clause compromissoire – Amiable composition – Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25, art. 940 à 951.

SPORT MASKA INC. C. ZITTRER, 564.

ASSURANCE

Cessions – Poursuites judiciaires – Réclamation réglée par la compagnie d'assurance pour un montant supérieur aux limites stipulées dans la police contrairement aux instructions – Cession de la cause d'action par l'assuré vu la défense inappropriée de l'action – Cession valide.

INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA C. FREDRIKSON, 1089.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Conflit collectif – Chômage dû à un arrêt de travail – Prestataire n'appartenant pas à la section locale en grève mais membre du même syndicat international que les grévistes – Partie des cotisations syndicales obligatoires du prestataire déduites avant la grève affectée au fonds de grève du syndicat international – Fonds utilisé pour verser des allocations aux grévistes au lieu de travail du prestataire – Le prestataire finance-t-il le conflit collectif? – Le prestataire est-il admissible

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

aux prestations d'assurance-chômage? – Sens du mot «finance» à l'art. 44(2)a) de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48.

HILLS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 513.

CHEMINS DE FER

Commission canadienne des transports – Compétence – Abandon de voies ferrées autorisé – L'autorisation relève-t-elle de la compétence de la commission?

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. DRUMHELLER (VILLE), 1091.

COALITIONS

Vente pyramidale – Interprétation de «système de vente pyramidale» selon la définition de l'art. 36.3(1) de la Loi – Ordonnance de prohibition – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 36.3(1).

SHAKLEE CANADA INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 662.

CONTRATS

Interprétation – Bail législatif – Clause 2e) de la partie I du bail interprétée correctement par la Cour d'appel et la Division de première instance.

TERRE-NEUVE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORP., 1085.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits – Vie, liberté et sécurité de la personne – Justice fondamentale – Avortement – Le Code criminel interdit l'avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger – Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? La loi en cause est-elle raisonnable et peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251.

R. C. MORGENTALER, 30.

2. Compétence – Pouvoirs des cours supérieures et délégation – Les comités de l'avortement thérapeutique exercent-ils

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

les fonctions d'une cour créée en vertu de l'art. 96? – Les dispositions sur l'avortement constituent-elles une délégation irrégulière de la compétence en matière criminelle? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 96.

R. C. MORGENTALER, 30.

3. Charte des droits – Le droit d'appel du procureur général est-il constitutionnel? – Dépens – L'interdiction relative aux dépens est-elle constitutionnelle? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605, 610(3).

R. C. MORGENTALER, 30.

4. Maintien en vigueur des lois – Loi sur la Saskatchewan – Droits linguistiques – Assemblée législative et tribunaux de la Saskatchewan – L'article 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest est-il toujours applicable à la Saskatchewan en vertu de la Loi sur la Saskatchewan? – Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 14, 16.

R. C. MERCURE, 234.

5. Modification de la constitution de la province – Droits linguistiques – Assemblée législative et tribunaux de la Saskatchewan – Les droits qui découlent de l'art. 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest peuvent-ils être modifiés unilatéralement par la Saskatchewan? – Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 16 – Loi constitutionnelle de 1982, art. 45.

R. C. MERCURE, 234.

6. Droits linguistiques – Lois de la Saskatchewan – L'article 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest exige-t-il que l'Assemblée législative de la Saskatchewan publie ses lois en français et en anglais? – Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 14, 16.

R. C. MERCURE, 234.

7. Droits linguistiques – Tribunaux de la Saskatchewan – Infraction provinciale – l'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de la Saskatchewan? – Contenu du droit – Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, chap. 50, art. 110 (mod. S.C. 1891, chap. 22, art. 18) – Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 16.

R. C. MERCURE, 234.

8. Partage des compétences législatives – Pollution de la mer – Immersion de déchets dans des eaux maritimes provinciales – Mesure législative fédérale interdisant l'immersion de substances en mer sauf en conformité avec un permis – Définition de la mer donnée par la loi fédérale incluant les eaux intérieures du Canada à l'exclusion des eaux douces – Validité de la mesure législative fédérale – La pollution de la mer est-elle une question d'intérêt national relevant de la compétence législative du Parlement en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement du Canada? – Loi sur l'immersion de déchets en mer, S.C. 1974-75-76, chap. 55, art. 4(1) – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 «préambule».

R. C. CROWN ZELLERBACH CANADA LTD., 401.

9. Déclaration canadienne des droits – Égalité devant la loi – Disposition du Code criminel non proclamée dans toutes les provinces – L'application non universelle constitue-t-elle une

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

violation du droit à l'égalité devant la loi? – Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b).

R. C. CORNELL, 461.

10. Charte des droits – Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale – Disposition du Code criminel non proclamée dans toutes les provinces – L'application de cette disposition du Code criminel viole-t-elle l'art. 7 de la Charte – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, et mod.

R. C. CORNELL, 461.

11. Charte des droits – Détention arbitraire – Arrêt au hasard de véhicules automobiles afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance, l'état mécanique des véhicules et la sobriété des conducteurs – Arrêt autorisé par la loi – Choix des véhicules devant être arrêtés laissé à la discrétion de l'agent de police – Y a-t-il détention? – Y a-t-il détention arbitraire? – Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9 – Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a, 189a(1), (2), mod. – Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).

R. C. HUFESKY, 621.

12. Charte des droits – Fouille abusive – Arrêt au hasard de véhicules automobiles afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance – Présentation forcée du permis de conduire et de la carte d'assurance pour examen – Y a-t-il fouille? – Dans l'affirmative, s'agit-il d'une fouille abusive? – Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 – Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a, 189a, mod. – Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).

R. C. HUFESKY, 621.

13. Charte des droits – Droit à un avocat – Signification de «détention» – Refus de l'accusé de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest – La personne sommée en vertu de l'art. 234.1(1) de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest est-elle «détenue» et a-t-elle le droit à l'assistance d'un avocat aux termes de l'art. 10 de la Charte? – Dans l'affirmative, le droit à l'assistance d'un avocat est-il restreint, dans le cas d'une sommation en vertu de l'art. 234.1(1), par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1.

R. C. THOMSEN, 640.

14. Charte des droits – Recours – Enquête sur les coalitions – Admissibilité de la preuve découverte par suite d'une perquisition inconstitutionnelle et illégale – L'admission de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Aucune erreur de la Cour d'appel dans l'exercice de son pouvoir de contrôle sur la conclusion du juge en vertu de

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

l'art. 24(2) de la Charte – Pourvoi de plein droit – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2) – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

R. C. DAIRY SUPPLIES LTD., 665.

15. Charte des droits – Fouilles, perquisitions ou saisies – Évasion fiscale – Preuve obtenue avant l'entrée en vigueur de la Charte selon un article de la Loi de l'impôt sur le revenu fédérale déclaré ultérieurement contraire à la Charte – Aucune application rétroactive de la Charte.

R. C. JAMES, 669.

16. Charte des droits – Procès équitable – Interrogatoire de l'accusé relativement à ses condamnations antérieures – Accusation de meurtre – Admission en preuve d'une condamnation antérieure pour une infraction semblable à celle imputée – Le paragraphe 12(1) de la Loi sur la preuve au Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. CORBETT, 670.

17. Applicabilité d'une loi provinciale – Santé et sécurité du travail – Entreprise fédérale – Une loi provinciale qui régleme les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale? – Double aspect – Entrave – Conflit avec la loi fédérale – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), in fine, 92(10), (13), (16) – Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63, art. 33, 36, 37, 40 à 45 – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1.

BELL CANADA C. QUÉBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL), 749.

18. Applicabilité d'une loi provinciale – Santé et sécurité du travail – Entreprise fédérale – Commission d'enquête provinciale – Enquête relative à un accident ferroviaire impliquant des convois d'une entreprise ferroviaire fédérale – Commission constituée en vertu d'une loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail – Une loi provinciale qui régleme les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle applicable à une entreprise fédérale? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10) – Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.Q. 1979, chap. 63, art. 62, 177 à 193.

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. COURTOIS, 868.

19. Applicabilité d'une loi provinciale – Santé et sécurité du travail – Entreprise fédérale – Non-respect par une entreprise fédérale des règlements provinciaux sur la santé et la sécurité – Une loi provinciale qui régleme les conditions de santé et de sécurité du travail est-elle constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a. – Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 437 – Industrial Health and Safety Regulations, B.C. Reg. 585/77, art. 4.04, 14.08.

ALLTRANS EXPRESS LTD. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 897.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

20. Charte des droits – Présomption d'innocence – Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons – L'accusé a-t-il le fardeau de persuasion pour démontrer l'existence d'une excuse légitime justifiant ses actes lorsque l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons est admise? – L'article 309(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. HOLMES, 914.

21. Charte des droits – Droit à un procès équitable – Réparations – Requête en suspension d'instance fondée sur l'art. 24 de la Charte – Grande diffusion d'un discours prononcé devant l'Assemblée nationale portant sur la défense de l'accusé et sur la crédibilité d'un témoin – Y a-t-il eu atteinte au droit à un procès équitable? – La suspension d'instance doit-elle être maintenue? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(1).

R. C. VERMETTE, 985.

22. Indiens – Prépondérance – Réglementation de la circulation routière dans les réserves – Déclaration de culpabilité aux termes d'une loi provinciale pour une infraction survenant dans une réserve indienne – Compatibilité de la loi provinciale avec le règlement fédéral – La loi provinciale est-elle applicable? – Loi sur les véhicules à moteur, L.R.N.-B. 1973, chap. M-17, art. 167b) – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 73(1)c), 88 – Règlement de la circulation à l'intérieur des réserves indiennes, C.R.C. 1978, chap. 959, art. 6.

R. C. FRANCIS, 1025.

23. Charte des droits – Double péril – Rejet d'une plainte pour pratique illégale de la médecine – Appel par voie de procès de novo de l'acquiescement – L'appel par voie de procès de novo prévu aux art. 75 et 78 de la Loi sur les poursuites sommaires viole-t-il l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés – Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – Sens de l'expression «définitivement acquitté».

CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC C. THIBAUT, 1033.

24. Charte des droits – Application – Double péril – Appel par voie de procès de novo d'un acquiescement – Appel interjeté avant l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés – Charte en vigueur au moment où le plaidoyer d'autrefois acquit est soulevé – Le prévenu peut-il réclamer la protection de l'art. 11h) de la Charte.

CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC C. THIBAUT, 1033.

25. Charte des droits – Application – Dérogation par déclaration expresse – Expiration de la période de cinq ans après l'entrée en vigueur de la clause dérogatoire – Clause dérogatoire sans effet – Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 – Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15, art. 132.

CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC C. THIBAUT, 1033.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

26. Charte des droits – Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat – Appelant non informé de ce droit lors de sa détention initiale – Témoignage volontaire après avoir été informé du droit à l'assistance d'un avocat – Preuve obtenue sans violer un droit garanti par la Charte au sens de l'art. 24 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24.

R. C. UPSTON, 1083.

27. Charte des droits – Rétroactivité – Justice fondamentale – Présomption légale de viol – Déni légal de la défense d'erreur au sujet de l'âge – Acte ayant donné lieu à l'inculpation antérieure à la proclamation de la Charte – Procès postérieur à l'entrée en vigueur de la Charte – La Charte peut-elle être invoquée? – Le paragraphe 146(1) du Code criminel enfreint-il l'art. 7 de la Charte? – En ce cas, le paragraphe est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 146(1).

R. C. STEVENS, 1153.

DROIT CRIMINEL

1. Exposé au jury – Parties par intention commune – Pénétration par les accusés du crime planifié – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant des directives au jury relatives à l'art. 21(2) du Code criminel?

R. C. SIMPSON, 3.

2. Exposé au jury – Quatre accusés inculpés de meurtre – Plaidoyer de culpabilité d'une coaccusée relativement à une inculpation de complot pour commettre un meurtre – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que le plaidoyer de culpabilité de complot de la coaccusée ne constitue pas une preuve contre les autres accusés?

R. C. SIMPSON, 3.

3. Tort important et erreur judiciaire grave – Plusieurs erreurs du juge du procès – Directives erronées relativement à l'art. 21(2) du Code criminel – Exclusion d'une déclaration admissible – Aucune mise en garde au jury que le plaidoyer de culpabilité d'une coaccusée relativement à une inculpation de complot ne constitue pas une preuve contre les autres accusés – Applicabilité de l'art. 613(1b)(iii) du Code criminel.

R. C. SIMPSON, 3.

4. Avortement – Le Code criminel interdit l'avortement et de procurer un avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger – Les dispositions sur l'avortement excèdent-elles les pouvoirs du Parlement? – Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? – Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? – La loi en cause est-elle raisonnable et peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique?

R. C. MORGENTALER, 30.

DROIT CRIMINEL—Suite

5. Jury – Exposé au jury lui conseillant d'ignorer les règles de droit énoncées par le juge – Erreur de l'avocat.

R. C. MORGENTALER, 30.

6. Procédure – Plaidoyer de culpabilité – Aucune raison valable de permettre à l'accusé de changer son plaidoyer.

R. C. ANTOINE, 212.

7. Suspension des poursuites – La façon dont le ministère public a mené une poursuite privée justifie-t-elle la suspension des poursuites contre les accusés?

R. C. CRONIN, 213.

8. Verdict imposé – Pourvoi de plein droit – Aucune erreur dans la décision de la Cour d'appel.

R. C. GRAHAM, 214.

9. Décharge d'une arme à feu pour empêcher une arrestation – Échange de coup de feu entre les accusés et les gardes forestiers – Droits et pouvoirs des gardes forestiers incertains au moment de l'incident il y a cinq ans – Le rétablissement des acquittements sert mieux les intérêts de la justice.

R. C. GODIN, 226.

10. Agression sexuelle – Preuve de faits similaires – Intimé accusé d'agression sexuelle contre une mineure – Preuve provenant d'enfants autres que la plaignante – Une telle preuve est-elle admissible?

R. C. GREEN, 228.

11. Légalité de l'arrestation – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que les policiers agissaient dans le cadre de leur pouvoir lorsqu'ils ont pénétré dans la maison d'habitation? – Pourvoi de plein droit.

R. C. MILLER, 230.

12. Directives au jury – Déclarations antérieures incompatibles – Les directives du juge au jury étaient-elles suffisantes?

R. C. LÉVESQUE, 231.

13. Défense – Légitime défense – Directives du juge au jury – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit? Pourvoi de plein droit.

R. C. BÉDARD, 233.

14. Infraction provinciale – Procès – Tribunaux de la Saskatchewan – L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de la Saskatchewan? – Contenu du droit – Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, chap. 50, art. 110 (mod. S.C. 1891, chap. 22, art. 18) – Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, chap. 42, art. 16.

R. C. MERCURE, 234.

15. Preuve – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant le témoignage de l'accusé? – Pourvoi de plein droit.

R. C. REAKES, 395.

16. Alcotest obligatoire pratiqué sur-le-champ – Disposition non proclamée dans toutes les provinces – Déclaration de

DROIT CRIMINEL—Suite

culpabilité de conduite avec facultés affaiblies dans une province où la disposition était en vigueur – L'application non universelle constitue-t-elle une violation du droit à l'égalité devant la loi? – L'application de la disposition en question viole-t-elle l'art. 7 de la Charte? – La disposition en vertu de laquelle la déclaration de culpabilité a été obtenue est-elle inopérante? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, et mod. – Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 15, 102(3) – Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

R. C. CORNELL, 461.

17. Pourvoi de plein droit – Interception des communications – Autorisation d'intercepter des communications privées – L'autorisation englobait-elle le mode d'interception utilisé?

R. C. LAFRANCE, 617.

18. Pourvoi de plein droit – Agression sexuelle – Témoignage d'un enfant – La dissidence en Cour d'appel porte-t-elle sur une question de droit? – Pourvoi annulé.

R. C. LANG, 618.

19. Interception des communications – Autorisation d'intercepter des communications privées – Admissibilité de la preuve – Description du mode d'interception utilisé – Pourvoi de plein droit.

R. C. LAWRENCE, 619.

20. Refus de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest – Arrêt au hasard de véhicules automobiles afin de vérifier les permis de conduire et la preuve d'assurance, l'état mécanique des véhicules et la sobriété des conducteurs – L'arrêt au hasard pour les fins de la procédure de contrôles routiers ponctuels porte-t-il atteinte au droit à la protection contre la détention arbitraire? – Dans l'affirmative, est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte? – La vérification ponctuelle des permis de conduire et de la preuve d'assurance porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives? – Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 9 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, mod. – Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 19(1), 30a, 189a, mod. – Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, chap. 83, art. 3(1).

R. C. HUFISKY, 621.

21. Droit constitutionnel – Déclaration canadienne des droits – Égalité devant la loi – Alcootest obligatoire – Disposition du Code criminel non proclamée dans toutes les provinces – La proclamation et l'application non universelles portent-elles atteinte au droit à l'égalité devant la loi? – Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1, mod.

R. C. HUFISKY, 621.

22. Abus de procédure – Deux jurys incapables de rendre un verdict – Troisième procès intenté par le ministère public –

DROIT CRIMINEL—Suite

Aucune conduite blâmable de la part de la poursuite – Un troisième procès constituerait-il un abus de procédure? – La conduite blâmable de la poursuite constitue-t-elle un élément essentiel de l'abus de procédure?

R. C. KEYOWSKI, 657.

23. Charte des droits – Garanties juridiques – Justice fondamentale – La conduite de la poursuite au procès a-t-elle porté atteinte aux droits des appelants? – Annulation de l'arrêt des procédures par la Cour d'appel qui ordonne un nouveau procès – Aucune erreur de la Cour d'appel dans l'exercice de son pouvoir de contrôle sur la décision du juge d'arrêter les procédures.

R. C. BOOTH, 663.

24. Accusations de complot en vue d'importer des stupéfiants et de corruption de fonctionnaire – Règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples – Y a-t-il correspondance suffisante entre les éléments des infractions pour justifier l'application de cette règle?

R. C. IUCULANO ET BORRELLI, 667.

25. Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons – Charge de la preuve – Présomption d'innocence – L'accusé a-t-il le fardeau de persuasion pour démontrer l'existence d'une excuse légitime justifiant ses actes lorsque l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons est admise? – L'article 309(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. HOLMES, 914.

26. Éléments de l'infraction – Charge de la preuve – Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons – L'intention de l'accusé d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons constitue-t-elle un élément essentiel de l'infraction? – L'accusé est-il tenu de démontrer une intention innocente suivant la prépondérance des probabilités? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 309(1).

R. C. HOLMES, 914.

27. Vol et fraude visant des renseignements – Contact de l'accusé avec un employé d'hôtel pour obtenir les noms, adresses et numéros de téléphone des employés de l'hôtel – Renseignements demandés traités comme confidentiels par l'hôtel – La conduite de l'accusé constitue-t-elle l'infraction de conseiller de commettre un vol ou une fraude? – L'expression «une chose quelconque» employée à l'art. 283(1) du Code criminel comprend-elle les renseignements confidentiels? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283(1), 338(1).

R. C. STEWART, 963.

28. Infractions d'ordre sexuel – Accusations découlant des plaintes de trois plaignantes – Temps mis à signaler les incidents – Aucune erreur de droit du juge du procès.

R. C. STERNE, 1093.

DROIT CRIMINEL—Fin

29. Stupéfiants – Trafic d'un stupéfiant – Recevabilité d'un certificat d'analyse – Avis de l'intention de produire le certificat – L'avis était-il raisonnable? – Pourvois de plein droit.

R. C. BACHMAN, 1094.

30. Procès – Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré – Doute sérieux sur l'intégrité du comportement du ministre public et de la police au procès – Nouveau procès ordonné.

R. C. DUFRESNE, 1095.

31. Procédure – Autrefois acquit – Omission d'une alléga-tion importante dans la dénonciation – Annulation des chefs d'accusation défectueux – Nouvelle dénonciation contenant les termes nécessaires faite sous serment – Le moyen de défense d'autrefois acquit peut-il être invoqué? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(1), (3), (4), 535(1), (3), (4), (5), 537(1).

R. C. MOORE, 1097.

32. Présomption légale de viol – Dénier légal de la défense d'erreur au sujet de l'âge – Acte ayant donné lieu à l'inculpa-tion antérieure à la proclamation de la Charte – Procès posté-rieur à l'entrée en vigueur de la Charte – La Charte peut-elle être invoquée? – Le paragraphe 146(1) du Code criminel enfreint-il l'art. 7 de la Charte? – En ce cas, le paragraphe est-il justifié aux termes de l'article premier de la Charte?

R. C. STEVENS, 1153.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Biens matrimoniaux – Répartition – Acquisition et pré-servation des biens matrimoniaux dues presque exclusivement au travail de la femme – Aucune contribution significative du mari aux soins des enfants, à la gestion domestique ni en matière d'apport financier – Exercice bien fondé du pouvoir dis-crétionnaire du juge de première instance de s'écarter du prin-cipe général de la répartition égale des biens matrimoniaux – Loi sur les biens matrimoniaux, L.N.-B. 1980, chap. M-1.1, art. 2, 7.

LEBLANC C. LEBLANC, 217.

2. Ordonnance de tutelle – Intérêt supérieur des enfants – Turpitude morale et désignation des parents adoptifs possibles non comprises parmi les éléments énoncés par la loi pour déter-miner l'intérêt supérieur de l'enfant – La Cour d'appel a-t-elle eu raison de remplacer l'ordonnance de tutelle par une ordon-nance de garde? – Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, chap. F-2.2, art. 1, 53(2), 56(1).

NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) C. C. (G. C.), 1073.

DROIT MUNICIPAL

1. Taxe d'affaires – Inscription d'un immeuble au rôle de la valeur locative – Plainte – Compétence du Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec.

CÔTE SAINT-LUC (CITÉ DE) C. STERN, 215.

2. Évaluation foncière – Modification du rôle d'évaluation – *Mandamus* – Rôle d'évaluation déposé pour l'exercice finan-cier municipal de 1980 – Rôle préparé suivant les dispositions de la législation antérieure à la nouvelle loi sur la fiscalité municipale – Refus du commissaire à l'évaluation de modifier le rôle d'évaluation pour tenir compte de la proportion médiane prévue dans la nouvelle loi – Le commissaire a-t-il refusé d'accomplir un devoir que la nouvelle loi lui impose? – Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions légis-latives, L.Q. 1979, chap. 72, art. 42, 147, 264, 531.

NORTHERN TELECOM LTÉE C. CORMIER, 996.

ENREGISTREMENT

1. Subdivision – Lots originaires subdivisés – Subdivision en vigueur à compter du dépôt au bureau d'enregistrement des plan et livre de renvoi approuvés par le ministre – Subdivision valide nonobstant l'omission du registrateur de faire une entrée des subdivisions sur les lots originaires – Enregistrements sur les lots originaires après l'entrée en vigueur de la subdivision n'affectant pas les lots subdivisés – Code civil, art. 2168, 2175 – Loi sur le cadastre, L.R.Q. 1977, chap. C-1, art. 14, 15.

SACCHETTI C. LOCKHEIMER, 1049.

2. Subdivision – Une subdivision n'est pas un droit réel et n'a pas à être enregistrée – Règles générales de l'enregistrement énoncées aux art. 2082, 2083 et 2085 C.c. inapplicables – Code civil, art. 2082, 2083, 2085, 2175 – Loi sur le cadastre, L.R.Q. 1977, chap. C-1, art. 14.

SACCHETTI C. LOCKHEIMER, 1049.

EXTRADITION

1. Règle de la double criminalité – Fugitif déclaré coupa-ble dans l'État de Washington – Crime dans l'État de Washing-ton ne comportant pas l'élément de fraude existant dans le crime canadien correspondant – La règle de la double crimina-lité exige-t-elle que les éléments du crime entraînant l'extradi-tion soient les mêmes dans l'État requérant et dans l'État requis ou exige-t-elle simplement que l'acte reproché soit un crime mentionné dans la loi des deux pays? – Le juge d'extradition peut-il conclure à la fraude à partir de la non-restitution des biens? – Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 2, 3, 10(1), 18(1)a), b), annexe I – Traité d'extradition de 1976 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, art. 2(1), 9(1), (2) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283(1), 290(1) – Revised Code of Washington, Title 9A, RCW 9A.56.020(1)a), 9A.56.040.

WASHINGTON (ÉTAT DE) C. JOHNSON, 327.

EXTRADITION—Fin

2. Droit international – Principe de spécialité – Convention d'extradition conclue avec un État étranger – Poursuite visant des crimes inscrits dans la demande d'extradition – Immunité à l'égard des crimes commis avant l'extradition – Occasion raisonnable de retourner dans l'État requis – L'immunité contre la poursuite est-elle perpétuelle? – Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 33.

R. C. PARISIEN, 950.

FAILLITE

Priorité des créances – Liquidation de l'immeuble du failli en possession d'un créancier garanti en dehors du cadre de la faillite – Doit-on appliquer les dispositions de la Loi sur la faillite prévoyant l'ordre de priorité de paiement des créanciers ou les dispositions du droit provincial régissant l'ordre de collocation? – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 47, 49(2), 107 – Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3, art. 110(1).

BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT C. QUÉBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL), 1061.

INDIENS

1. Droits de chasse – Droit d'accès aux terres privées pour y chasser – Aucun écriteau sur les terres en question – Existe-t-il un droit d'accès découlant de The Wildlife Act? – Existe-t-il un droit d'accès découlant de la coutume? – Existe-t-il un droit d'accès découlant du traité n° 6? – Convention sur le transfert des ressources naturelles, S.S. 1930, chap. 87, art. 2, 12 – The Wildlife Act, S.S. 1979, chap. W-13.1, art. 38 – The Wildlife Amendment Act, 1982, S.S. 1982-83, chap. 20, art. 7 – Traité n° 6.

R. C. HORSE, 187.

2. Réserves – Réglementation de la circulation routière dans les réserves – Compatibilité de la loi provinciale avec le règlement fédéral – La loi provinciale est-elle applicable?

R. C. FRANCIS, 1025.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

1. Annulation – Consentement à l'annulation du jugement – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 75.

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. DRUMHELLER (VILLE), 1091.

2. Demande de rectification – Ordonnance fixant l'indemnité et l'intérêt – Intérêt courant de la date fixée dans l'entente conclue par les parties avant le procès – Les parties à l'entente prévoient que l'intérêt courait seulement jusqu'à la date de

JUGEMENTS ET ORDONNANCES—Fin

l'ordonnance de jugement de première instance et non pendant le délai d'appel – Jugement rectifié.

CENTRAL TRUST CO. C. RAFUSE, 1206.

PREUVE

1. Admissibilité d'une déclaration – Admission en preuve de la première déclaration d'un accusé – Exclusion de la seconde déclaration faite deux heures plus tard – Tentative de la défense d'utiliser la seconde déclaration comme preuve de l'état d'esprit de l'accusé lorsqu'il a fait la première déclaration et pour réfuter la prétention de fabrication d'une défense – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la seconde déclaration?

R. C. SIMPSON, 3.

2. Témoins – Crédibilité – Interrogatoire de l'accusé relativement à ses condamnations antérieures – Accusation de meurtre – Admission en preuve d'une condamnation antérieure pour une infraction semblable à celle imputée – Le juge du procès avait-il le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve préjudiciable d'une condamnation antérieure? – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 12(1).

R. C. CORBETT, 670.

PRIVILÈGES

Privilèges ouvriers – Location d'un immeuble à être construit – Clause du bail prévoyant que le locataire devait faire à ses frais une partie importante des travaux de construction – Intimée engagée par le locataire pour effectuer sa part des travaux – Validité des privilèges enregistrés par l'intimée contre l'immeuble du propriétaire – La convention entre le propriétaire et le locataire constitue-t-elle un contrat de construction conférant au locataire le statut d'entrepreneur? – Code civil, art. 2013e, 2013f.

INDUSTRIES PROVIDAIR INC. C. KOLOMEIR, 1132.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Diffamation – Dommages moraux – Évaluation – L'indemnité de 135 000 \$ accordée par le jury était-elle déraisonnable? – Publication du jugement.

SNYDER C. MONTREAL GAZETTE LTD., 494.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Tribunaux – Paiement anticipé prévu par les règles de la cour lorsque la «responsabilité est établie» – Paiement anticipé réclamé seulement au C.N. accordé – Rejet du pourvoi contre VIA Rail en l'absence de réclamation – Rejet de la demande

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

d'intérêts sur les montants dont le versement anticipé est ordonné – Dépens accordés.

STAMPER C. C.N., 396.

2. Négligence – Accident dans la pratique d'un sport – Compétition comportant des dangers inhérents – Participant manifestement en état d'ébriété – Les organisateurs de la compétition avaient-ils une obligation positive de prendre des mesures pour retirer un concurrent ivre de la compétition?

CROCKER C. SUNDANCE NORTHWEST RESORTS LTD., 1186.

SOCIÉTÉ

Rapports entre commandité et commanditaires – Épuisement du capital de la société et cessation de certaines activités – Achat par le commandité des terres inexploitées de la société en contrepartie d'actions ordinaires de la compagnie mère – Vente subséquente de ces terres à la compagnie mère – Le commandité a-t-il violé l'obligation légale de ne rien faire qui rende impossible l'exercice des activités normales de la société en commandite? – Le commandité a-t-il manqué à son obligation de fiduciaire envers le commanditaire? – Partnership Act, R.S.A. 1980, chap. P-2, art. 55b).

MOLCHAN C. OMEGA OIL AND GAS LTD., 348.

TRIBUNAUX

1. Compétence de la cour d'appel – La cour d'appel a-t-elle exercé régulièrement ses pouvoirs de révision? – Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 3 – Alberta Rules of Court, art. 505, 518.

MOLCHAN C. OMEGA OIL AND GAS LTD., 348.

2. Compétence – Compagnies – Fixation de la juste valeur marchande des actions – Cour d'appel modifiant la décision de première instance – Aucune démonstration d'erreur de la part du juge de première instance – Pourvoi accueilli.

LOCICERO C. B.A.C.M. INDUSTRIES LTD., 399.

3. Procédure – Demande d'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel – La cour a-t-elle eu tort de ne pas ordonner un nouveau procès après avoir admis des éléments de preuve nouveaux? – La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'appliquer la réserve relative à l'absence d'erreur judiciaire grave? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610, 613(1)b)(iii).

R. C. STOLAR, 480.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*